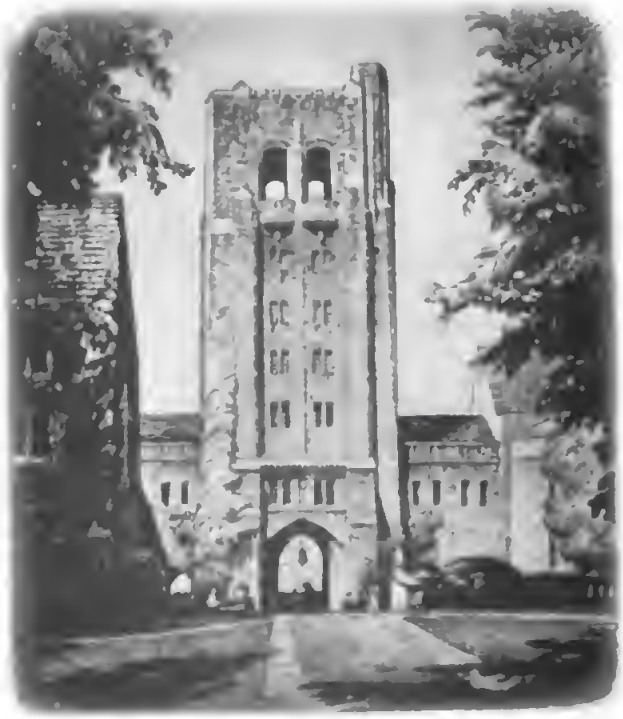
K
1.5
S17 16
3.2
816



Cornell Law School Library

Digitized by Google

CORNELL UNIVERSITY LIBRARY
3 1924 071 243 756

Digitized by Google

Motive zu dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das

Deutsche Reich.

Band III.

Sachenrecht.

Amtliche Ausgabe.

Zweite unveränderte Auflage.

Berlin SW 48.
Wilhelmstr. 119/120.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.
1896.

B5708

CORNELL UNIVERSITY
NOV
13
1915
LAW LIBRARY

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Allgemeine Gesichtspunkte.

I. Stellung des Sachenrechtes in dem Systeme des Entwurfes.

Selbständigkeit des Sachenrechtes gegenüber anderen Rechtstheilen.

Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des Entwurfes eine selbständige Stellung ein. Es schließt sich ab einerseits gegen das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht, andererseits gegen das Erbrecht. Seine Selbständigkeit beruht wesentlich in dem Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte. Denn während das Obligationenrecht und das Familienrecht nur die rechtlichen Beziehungen der Personen zu einander in's Auge fassen und daher grundsätzlich nur mit persönlichen Rechten es zu thun haben, das Erbrecht aber den Uebergang des Vermögens einer verstorbenen Person auf eine andere bestimmt, hat das Sachenrecht die Aufgabe, die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache, mithin vornehmlich die dinglichen Rechte zu ordnen.

Verhältniß zum Rechte der Schuldverhältnisse.

Aeltere Gesetzbücher, namentlich das preußische Allgemeine Landrecht und der code civil, vermengen vielfach obligationenrechtliche und sachenrechtliche Vorschriften mit einander, indem sie die in jedem subjektiven Rechte, auch in dem dinglichen, obschon in diesem nur mittelbar, vorhandene persönliche Richtung zum Ausgange nehmen und die Obligationen nur als Mittel zur Erwerbung oder zur Veränderung dinglicher Rechte behandeln. Eine solche Methode wird den begrifflichen Gegensätzen nicht gerecht; sie erschwert die Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse und gefährdet hierdurch die richtige Anwendung des Gesetzes. Die Wissenschaft hat dies längst erkannt, und die neueren Kodifikationen sind ihrem Vorgange gefolgt. In dem sächsischen Gesetzbuche sowie in dem hessischen und dem bayerischen Entwurfe kommt die Selbständigkeit des Sachenrechtes zu zweifellosem Ausdrucke.

II. Die dinglichen Rechte.

1. Begriff des dinglichen Rechtes.

Absolute Natur.

Das obligatorische Recht begründet für den Berechtigten einen Anspruch auf Leistung gegen den Verpflichteten. Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst, und zwar entweder als Eigenthum oder als begrenztes Recht[1]), je nachdem der Wille des Berechtigten für die Sache in allen oder nur in gewissen Beziehungen derselben maßgebend ist; der Anspruch, welchen es erzeugt, beschränkt sich nicht auf die Richtung gegen eine bestimmte Person.

Aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes ergiebt sich die Regel, daß dasselbe von absoluter Wirkung ist. Das dingliche Recht schließt insoweit, als es die Sache dem Willen des Berechtigten unterwirft, jede Einwirkung Dritter auf dieselbe aus; es kann sich daher gegen Jeden bethätigen, dessen Verhalten mit ihm in Widerspruch steht. Soll die absolute Wirkung versagt sein, so muß das Gesetz es besonders bestimmen. Durch eine solche Bestimmung wird dem von derselben betroffenen Rechte der dingliche Charakter nicht entzogen. Die Begriffe der Dinglichkeit und der Absolutheit decken einander nicht. Wenn auch das obligatorische Recht grundsätzlich nur relativ wirkt, so giebt es doch eine Reihe anderer persönlicher Rechte, welche absolute Wirkung haben; so namentlich gewisse selbständige Berechtigungen, welche von dem Sachenrechte wie Grundstücke behandelt werden, ferner verschiedene Rechte, welche dem Familienrechte angehören, sowie die sogenannten immateriellen Rechte. Die Absolutheit kann somit nur als eine regelmäßig dem dinglichen Rechte beiwohnende Eigenschaft angesehen werden.

Unmittelbare Herrschaft über die Sache.

Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache. Darauf, ob diese Macht von dem Berechtigten selbst oder nur in einem von dem Organe der Rechtsordnung geleiteten Verfahren ausgeübt werden darf, ist kein Gewicht zu legen. Entscheidend ist nur, daß das Recht sich ohne den Willen eines Anderen zu bethätigen vermag, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird.

Hieraus folgt zugleich, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Ueber Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesammtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht nicht üben[2]).

2. Die einzelnen Kategorieen.

Die Kategorieen des geltenden Rechtes.

Die dinglichen Rechte des corpus juris sind: das Eigenthum, die Superfizies, die Emphyteusis, die Dienstbarkeiten und das Pfandrecht. Das sächsische Gesetzbuch und der bayerische Entwurf haben die Emphyteusis nicht

---

[1]) Der Ausdruck ist der Programmschrift Hartmanns, das Recht an der eigenen Sache, entlehnt. Er ist bezeichnender als der Ausdruck „dingliches Recht an fremder Sache", weil er die Rechte mit umfaßt, welche dem Eigenthümer außer dem Eigenthume an der Sache zustehen können.

[2]) Siehe die Vorbemerkungen zum ersten Abschn. unter 3.

aufgenommen, dagegen die Reallaſten den römiſchen Kategorieen hinzugefügt. In dem preußiſchen Allgemeinen Landrechte ſind daneben noch andere Inſtitute deutſch-rechtlichen Urſprunges geordnet, ſo namentlich das dingliche Vorkaufsrecht. Hervorzuheben iſt ferner aus der neueren Geſetzgebung die Grundſchuld.

Ablehnung der Theorie vom Titel und Modus.

Nach dem preußiſchen Allgemeinen Landrechte kann überdies jedes perſönliche Recht, welches ſich auf eine beſtimmte Sache bezieht, dadurch dinglich werden, daß die Sache dem Berechtigten übergeben bezw. das Recht in das Hypothekenbuch eingetragen wird. Es hängt dies zuſammen mit der ehemals weit verbreiteten Lehre vom „Recht zur Sache", nach welcher bei der Erwerbung der dinglichen Rechte zwei Momente in Betracht kommen: der Titel zur Erwerbung, welcher das Recht „zur Sache" begründet, und die Erwerbungsart, durch welche dieſes Recht in ein Recht „auf die Sache" (jus in re) übergeht[1]). In der heutigen Wiſſenſchaft des gemeinen Rechtes hat dieſe Lehre keine Stütze mehr, und die neuere Geſetzgebung, in Anſehung der unbeweglichen Sachen auch die preußiſche[2]), hat ſie verworfen. Der Standpunkt des Allgemeinen Landrechtes iſt in der That unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkennung des Gegenſatzes zwiſchen dinglichem und perſönlichem Rechte und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwiſchen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechtes der Schuldverhältniſſe. Der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechtes iſt an ſich nichts anderes als der perſönliche Anſpruch auf Einräumung desſelben; er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muß, um ſeine Selbſtändigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Geſichtspunkten ordnen, die auf ſeinem Gebiete liegen. Es hat die Thatſachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen iſt, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Weſen und Zwecke zu beſtimmen. Den Betheiligten kann es daher nicht freiſtehen, jedem beliebigen Rechte, welches ſich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundſatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrſcht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundſatz: die Betheiligten können nur ſolche Rechte begründen, deren Begründung das Geſetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte iſt daher nothwendig eine geſchloſſene.

Beſtimmung des Inhaltes der dingl. Rechte durch das Geſetz.

Die Kategorieen des Entwurfes.

Die Entſcheidung darüber, welche dinglichen Rechte das bürgerliche Geſetzbuch zu regeln hat, iſt im Weſentlichen durch die bisherige Rechtsentwickelung gegeben. Die nach derſelben beſtehenden Zweifel beziehen ſich weniger auf die Dinglichkeitsfrage, als vielmehr darauf, ob die Aufnahme des einen oder des anderen Inſtitutes dem Zwecke der gegenwärtigen Kodifikation entſprechend iſt. Der Entwurf regelt die römiſchen jura in re, mit Ausſchluß der Emphyteuſis, ſowie das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallaſten und die Grundſchuld[3]). Soweit dies einer beſonderen Rechtfertigung bedarf, wird dieſelbe bei der Begründung der betreffenden Abſchnitte erfolgen.

---

[1]) A. L. R. I, 2 §§ 131—135, I, 4 §§ 16—19, I, 9 §§ 1—6, I, 10 §§ 1, 2, I, 19 §§ 4—6, I, 21 §§ 2—6.

[2]) Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 4, 15.

[3]) Eine beſondere Art der Belaſtung des Antheiles eines Miteigenthümers regelt der § 949.

III. Ausschließung gewisser Rechtsmaterien sachenrechtlicher Natur von der Regelung durch den Entwurf.

Aufzählung der ausgeschlossenen Materien.

Verschiedene Rechtsmaterien, welche einen mehr oder weniger sachenrechtlichen Karakter haben, werden in dem Entwurfe nicht geregelt; so namentlich:

1. das Bergrecht, mit Einschluß der selbständigen Berechtigung zum Abbau gewisser Bodenbestandtheile, welche der Verfügung des Grundeigenthümers nicht entzogen sind;
2. das Enteignungsrecht;
3. das Recht der Gemeinheitstheilung, der Zusammenlegung der Grundstücke, der Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten, Zwangs- und Bannrechten;
4. das Wasserrecht, mit Einschluß des Mühlen-, Flötz- und Flößereirechtes, das Deich- und Sielrecht, das Fischereirecht, das Jagdrecht, das Forstrecht;
5. das Recht der Familienfideikommisse, das Recht der Stammgüter, das bäuerliche Güterrecht;
6. das Lehnrecht, die Emphyteusis, das Erbzinsrecht und das Erbpachtrecht.

Gründe für die Ausschließung: im Allgem.:

Der Grund, weshalb keine dieser Rechtsmaterien in dem Entwurfe geordnet wird, liegt in der Aufgabe, welche das bürgerliche Gesetzbuch zu lösen hat. Diese Aufgabe besteht in der Herstellung eines einheitlichen Privatrechtes für das Deutsche Reich, erstreckt sich mithin an sich nicht auf das öffentliche Recht. Freilich haben beide Gebiete mancherlei Berührungspunkte, so daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Allein die Regelung geschlossener Theile dieses Gebietes in dem bürgerlichen Gesetzbuche würde über den Zweck, welchem letzteres zu dienen bestimmt ist, hinausgehen. Ferner bringt es die Rücksicht auf das praktische Bedürfniß, welches durch die gegenwärtige Kodifikation befriedigt werden soll, mit sich, daß diejenigen Rechtstheile bezw. Rechtsinstitute ausgeschieden werden, welche eine rein lokale oder eine nur vorübergehende Bedeutung haben, indem sie entweder so eng mit den örtlichen Verhältnissen zusammenhängen, daß sie der angemessenen Regelung für einen größeren Bezirk überhaupt widerstreben, oder aber dem Rechtsbewußtsein weiterer Kreise der Bevölkerung entschwunden sind.

hinsichtlich der einzelnen Materien:

Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich die Stellung des Entwurfes gegenüber den unter 1.—6. bezeichneten Rechtsmaterien. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Bergrecht;

Zu 1. Das Bergrecht setzt sich aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorschriften zusammen. An Umfang überwiegen die ersteren. Eine Ausscheidung der letzteren aber würde das richtige Verständniß derselben erheblich erschweren, zur Zerreißung einer Rechtsmaterie führen, welche in den meisten Staaten, die zu ihrer gesetzlichen Regelung gelangt sind, den Inhalt eines einzigen Gesetzes bildet. Es wäre daher wenig angemessen, wenn die bisherige Methode jetzt aufgegeben würde. Sie steht aber einer Einfügung des Berg-

rechtes in das bürgerliche Gesetzbuch wegen des vorwiegend publizistischen Karakters dieses Rechtstheiles entgegen, ganz abgesehen davon, daß der reichhaltige Stoff, um welchen es sich handelt, schon aus systematischen Rücksichten besser in einem besonderen Gesetze gestaltet wird.

Enteignungsrecht;

Zu 2. Mit dem Enteignungsrechte verhält es sich ähnlich. Zwar sind die dasselbe betreffenden Vorschriften entfernt nicht so umfangreich wie die bergrechtlichen Bestimmungen, so daß ihre Unterbringung in dem Gesetzbuche kaum auf besondere Schwierigkeiten stoßen würde. Dafür aber spielt bei der Enteignung das Verfahren eine vielleicht noch wichtigere Rolle als im Bergrechte, und daß Verfahrensvorschriften nicht in eine Kodifikation des materiellen Rechtes gehören, wenn nicht ausnahmsweise zwingende Gründe für ihre Aufnahme vorliegen, folgt aus ihrer formalen Natur ohne Weiteres.

Agrarrecht;

Zu 3. Bei der Gemeinheitstheilung und den übrigen agrarrechtlichen Prozeduren überwiegt gleichfalls der Karakter des Verfahrens. Auch handelt es sich hier, wenn man von dem Zusammenlegungs- und dem Ablösungsverfahren absieht, meist nur um die Befriedigung vorübergehender Bedürfnisse, weil die Verhältnisse, auf welche jene Prozeduren berechnet sind, in Zukunft nicht häufig von Neuem sich bilden werden.

Wasserrecht ꝛc. Jagdrecht, Forstrecht;

Zu 4. Das Wasserrecht, das Deich- und Sielrecht, das Fischereirecht, das Jagdrecht und das Forstrecht können im Einzelnen nur nach dem Bedürfnisse und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden. Eine mehr als lokale Bedeutung hat die Art und Weise dieser Regelung nicht. Auch bildet der meist polizeiliche Inhalt der einschlägigen Vorschriften ein weiteres Hinderniß der Kodifikation.

Recht der Familienfideikommisse ꝛc.;

Zu 5. Die Errichtung von Familienfideikommissen ist in großen Gebieten des Reiches unstatthaft. Ein Stammgüterrecht und ein besonderes bäuerliches Güterrecht haben nur wenige Staaten. Bei der bestehenden Meinungsverschiedenheit darüber, ob diese Institute dem Gemeinwohle förderlich sind oder nicht, wird man davon ausgehen dürfen, daß in den Gebieten, in welchen sie keine Geltung haben, die Ansicht vorherrscht, daß ihre Einführung keinen Nutzen bringen, sondern schädlich wirken würde. Vom politischen Standpunkte wäre es daher bedenklich, diesen Gebieten von Reichswegen das eine oder das andere Institut aufzudrängen. Nun wäre es freilich möglich, alle drei Institute in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu regeln, die Geltung der zu treffenden Bestimmungen aber für diejenigen Länder und Landestheile, in welchen man ein solches Sonderrecht bisher nicht hatte, von einem Akte der Landesgesetzgebung abhängig zu machen. Allein damit wäre wohl das Prinzip der Kodifikation gewahrt, die von derselben bezweckte Rechtseinigung dagegen nicht erreicht. Muß man aber auf die Rechtseinigung verzichten, so ist es besser, auch die Kodifikation zu unterlassen. Praktische Vortheile von einigem Belange wären davon nicht zu erwarten, da die zu regelnden Verhältnisse nur von lokaler Bedeutung sind. Jedenfalls würden sie überwogen werden von den Unzuträglichkeiten, welche eine Aenderung des geltenden Rechtes gerade für diese in den einzelnen Gebieten sehr verschieden gestalteten Verhältnisse zur Folge haben müßten. Es empfiehlt sich daher, es bei der Zuständigkeit der Landesgesetzgebungen für die fraglichen Rechtsmaterien

zu belassen und von Reichswegen nur insoweit einzugreifen, als es die Durchführung gewisser Grundprinzipien des Gesetzbuches nöthig macht.

Lehnrecht ꝛc. Zu 6. Bei dem Lehnrechte, der Emphyteusis, dem Erbzinsrechte und dem Erbpachtrechte handelt es sich um Einrichtungen, welche einer längst vergangenen Gestaltung der politischen und wirthschaftlichen Verhältnisse ihre Entstehung verdanken. In den meisten Staaten ist die Gesetzgebung auf die Beseitigung dieser Institute bedacht gewesen. Die verbliebenen Reste derselben sind dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet. Soweit sie nicht schon jetzt aus dem Rechtssysteme vollständig entfernt werden können, muß die Aufgabe, mit ihnen sich abzufinden, den Landesgesetzgebungen belassen werden.

Wenn hiernach die unter 1.–6. bezeichneten Rechtsmaterien von der gegenwärtigen Kodifikation ausgeschlossen sind, so können sie doch dem Einflusse derselben sich nicht entziehen. Insoweit, als sie in dem allgemeinen Privatrechte ihre Ergänzung finden, wird auch für sie das bürgerliche Gesetzbuch gelten. Es werden aber außerdem verschiedene Vorschriften erforderlich sein, um die wünschenswerthe Harmonie zwischen den Sonderrechten und dem Gesetzbuche herzustellen. Der geeignete Ort für diese Vorschriften ist das Einführungsgesetz. Der Begründung des letzteren muß auch die nähere Darlegung des hier nur angedeuteten Verhältnisses des Gesetzbuches zu den im Einzelnen nicht kodifizirten Sonderrechten vorbehalten bleiben[1]).

IV. Die Rechtsgeschäfte des Sachenrechtes, insbesondere der dingliche Vertrag.

Gestaltung dieser Geschäfte nach ihren eigenen Zwecken. 1. Aus der selbständigen Stellung, welche das Sachenrecht in dem Systeme des Privatrechtes einnimmt, folgt mit Nothwendigkeit, daß die Gesetzgebung auch die Rechtsgeschäfte, welche den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Theile des Systemes auffassen und gestalten muß. Diese Unabhängigkeit hat überdies eine geschichtliche Grundlage: Bei den Römern zeigte sie sich in der mancipatio und der in jure cessio, später in der traditio, bei den Deutschen vornehmlich in dem Institute der Auflassung. Die gemeinrechtliche Doktrin des vorigen Jahrhundertes und die unter ihrem Einflusse entstandenen Gesetze wichen indessen von dem richtigen Standpunkte ab, indem sie, wie bereits hervorgehoben wurde, für die Erwerbung der dinglichen Rechte einen besonderen Titel (Erwerbstitel, Rechtstitel, Rechtsgrund) neben der Erwerbungsart (modus acquirendi) als Erforderniß aufstellten. Wäre dieser Weg der richtige, so müßte er dahin führen, daß die Ungültigkeit des Titels die dingliche Rechtsänderung verhinderte, dem Veräußerer daher zur Wiedererlangung des dem Erwerber Zugewendeten die dingliche Klage zustände. In Wirklichkeit jedoch hat man in dem gesetzten Falle, wenn nur der Wille der Betheiligten auf die Veräußerung und bezw. die Erwerbung gerichtet und gehörig erklärt worden ist, nur eine persönliche Klage (condictio) zugelassen, mithin anerkannt, daß die dingliche Wirkung des

[1]) Vergl. die Anm. I. und II. zur Ueberschrift des dritten Buches des Entwurfes.

Geschäftes unabhängig von dem Titel eintritt. Ist aber das Erforderniß des Titels für den rechtsgeschäftlichen Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte bedeutungslos, so muß die Gesetzgebung es fallen lassen, wenn sie nicht Gefahr laufen will, das Wesen der Rechtsverhältnisse zu verdunkeln und dadurch die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden.

Die sachenrechtlichen Geschäfte sind demnach in dem Entwurfe lediglich nach ihren eigenen Zwecken geordnet. Der Zweck eines solchen Geschäftes kann sein: Begründung, Belastung, Uebertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes. An den Inhalt des einzelnen Geschäftes ist daher nur die Anforderung zu stellen, daß der auf den Zweck des Geschäftes gerichtete Wille der Betheiligten erklärt wird. Die sachenrechtlichen Geschäfte sind nothwendig abstrakter Natur. Sie unterliegen den die Rechtsgeschäfte regelnden Vorschriften des Allgemeinen Theiles, soweit nicht das Sachenrecht etwas Besonderes festsetzt, den Vorschriften des Obligationenrechtes dagegen nur insoweit, als das Gesetz zu erkennen giebt, daß die Anwendung derselben von ihm gewollt ist. Die hauptsächlichste Besonderheit liegt darin, daß für die meisten dinglichen Rechtsgeschäfte das Prinzip der Formfreiheit nicht gilt, die erforderliche Willenserklärung vielmehr in einer bestimmten Form abgegeben oder doch von einem formalen Elemente begleitet sein muß, um die beabsichtigte sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen. Dieses Element ist für die beweglichen Sachen die Uebergabe (Tradition), für die unbeweglichen die Eintragung in das Grundbuch, bezw. die Uebergabe des Hypotheken- oder des Grundschuldbriefes an den Erwerber.

Der dingliche Vertrag.

2. Das wichtigste Rechtsgeschäft ist der Vertrag, und zwar nicht minder für das Sachenrecht als für das Recht der Schuldverhältnisse.

Ein Vertrag ist vor Allem die Tradition des gemeinen Rechtes, insonderheit das zur Uebertragung des Eigenthumes erforderliche Rechtsgeschäft. Die Ansicht, daß das Vertragsmoment nicht sowohl in der Uebergabe der Sache als vielmehr in dem derselben regelmäßig vorhergehenden obligatorischen Vertrage liege, läßt sich auf die mißverständliche Auffassung einer Digestenstelle[1]) zurückführen. Für den Entwurf erledigt sie sich mit der Abweisung der Theorie vom titulus und modus acquirendi. Zwar ist auch die Meinung vertreten, daß die in der Tradition sich vollziehenden Willenserklärungen des Veräußerers und des Erwerbers von einander unabhängig und folglich als einseitige Erklärungen anzusehen seien. Allein der natürlichen Betrachtung des Verhältnisses entspricht dies nicht. Wer seine Sache einem Anderen in der Absicht der Eigenthumsübertragung übergiebt, thut es nur, weil und sofern der Andere das Eigenthum erwerben will, und dieser wieder eignet sich die Sache nur an, weil und sofern jener den Uebertragungswillen hat. Es bekundet sich also in der Tradition nicht blos eine äußerliche Uebereinstimmung des Willens beider in der Richtung auf den nämlichen rechtlichen Erfolg, sondern eine wirkliche Willenseinigung über denselben. In der Rechtswissenschaft wird denn auch die Vertragsnatur der Tradition nur noch vereinzelt bestritten. Wenn in der Praxis die richtige Erkenntniß noch nicht überall zum Durchbruche gelangt

[1]) L. 31 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1. Siehe dagegen l. 36 eod. und l. 20 Cod. de pact. 2, 3.

ist, so wird man die Erklärung hierfür vornehmlich darin suchen müssen, daß die Gesetzgebungen bisher gezögert haben, das in der Uebergabe sich vollziehende Rechtsgeschäft als Vertrag zu bezeichnen. Der Entwurf läßt in dieser Hinsicht keinen Zweifel über den Standpunkt, welchen er einnimmt. Indem er ausdrücklich ausspricht, daß jenes Geschäft ein Vertrag ist[1]), beugt er weiteren Unklarheiten und irrigen Auffassungen vor. Daneben ergiebt sich der Vortheil, daß den Vertragsvorschriften des Allgemeinen Theiles die Anwendung auf die Veräußerung gesichert, hierdurch aber eine nicht zu unterschätzende Knappheit in den aufzustellenden Bestimmungen ermöglicht wird.

Daß das, was hier von der Vertragsnatur der Eigenthumsübertragung gesagt ist, auch von den übrigen durch Tradition[2]) sich vollziehenden Rechtsgeschäften gelten muß, wird einer allgemeinen Rechtfertigung nicht bedürfen. Ein dinglicher Vertrag ist aus den angeführten Gründen in allen Fällen erforderlich, in welchen Jemand mittels Rechtsgeschäftes eine Sache oder ein Recht an einer solchen von einem Anderen erwerben soll, also namentlich auch dann, wenn die Erwerbung nicht davon abhängt, daß der Besitz oder die Inhabung der Sache dem Erwerber eingeräumt und von demselben ergriffen wird, d. i. nach den Vorschriften des Entwurfes in denjenigen Fällen, in welchen ein Grundstück den Gegenstand des Geschäftes bildet, bezw. die Eintragung in das Grundbuch das die Rechtsänderung vollendende formelle Moment ist[3]).

Daß der dingliche Vertrag ein verschiedenes Gepräge annimmt, je nachdem zur Erreichung seines Zweckes die Eintragung oder die Tradition erforderlich ist[4]), wird sich aus der Begründung der vorgeschlagenen Bestimmungen ergeben. Hier ist nur auf die gemeinsamen Grundsätze aufmerksam zu machen, welchen die verschiedenen Fälle unterliegen. Diese Grundsätze sind nach den bisherigen Erörterungen, kurz zusammengefaßt, folgende:

Grundsätze des dinglichen Vertrages.

a) Für den dinglichen Vertrag gelten die Normen des allgemeinen Theiles über Rechtsgeschäfte, insonderheit diejenigen über den Vertrag, sofern nicht ihre Unanwendbarkeit aus den Vorschriften des Sachenrechtes sich ergiebt.

b) Der dingliche Vertrag ist seinem Begriffe nach ein abstraktes Geschäft.

c) Er bezweckt nicht, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern ein Recht an der Sache zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, zu belasten oder zu übertragen[5]). Zur Aufhebung eines Rechtes bedarf es in der Regel keines Vertrages[6]).

---

[1]) Vergl. § 874.

[2]) Tradition bezeichnet hier die Fälle, in welchen nach dem Entwurfe nicht der Besitz, sondern die Inhabung dem Erwerber eingeräumt und von demselben ergriffen wird. — Vergl. §§ 983, 1011, 1147, 1210.

[3]) Vergl. §§ 828, 868, 962, 969, 982, 1011, 1023, 1038, 1043, 1048, 1054, 1064, 1065, 1087, 1100, 1106, 1107, 1126, 1129, 1134, 1136, 1144, 1208.

[4]) Deshalb ist eine für das Recht der beweglichen und das Recht der unbeweglichen Sachen gemeinsame Regelung ausgeschlossen.

[5]) Vergl. die Anm. 1—3.

[6]) Anwendung der Regel: §§ 965, 977, 1015, 1016, 1021, 1048, 1061, 1189; Ausnahmen: §§ 1091, 1108, 1125, 1136.

d) Der Zweck des Geschäftes bringt es mit sich, daß dasselbe gültig nur errichtet werden kann, wenn demjenigen, welcher über die Sache oder das Recht zu Gunsten des anderen Vertragschließenden verfügt, die Sache gehört oder das Recht zusteht. Diese Regel erleidet indessen aus Rücksicht auf das praktische Bedürfniß verschiedene Ausnahmen.[1])

e) Das Verhältniß des dinglichen Vertrages zu dem obligatorischen Geschäfte ist das der Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben. Der Vertrag besteht, wenn auch das Motiv fehlt oder wegfällt. Der Verletzte kann die Leistung nur kondiziren.[2])

V. Die Bucheinrichtung als Grundlage des Immobilienrechtes.

1. Gegensatz zwischen dem römischen und dem deutschen Immobilienrechte.

1. In der Entwickelung des römischen Rechtes treten überall die rein logischen und privatrechtlichen Gesichtspunkte in den Vordergrund; der natürliche Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat nur einen geringen Einfluß auf die Gestaltung des Sachenrechtes. Im deutschen Rechte dagegen spielt dieser Unterschied eine wichtige Rolle. Die Verknüpfung politischer Rechte mit dem Besitze von Grund und Boden sowie die hiermit zusammenhängende Beschränkung des Besitzers durch das Recht des nächsten Erben erhoben den Grundbesitz im Mittelalter zu einer Bedeutung, welche die Ausbildung eines Sonderrechtes für die Grundstücke zur Folge haben mußte. Die Grundlage dieses Sonderrechtes war die Oeffentlichkeit der Rechtsverhältnisse, in welchen die einzelnen Grundstücke standen. In älterer Zeit war eine ausreichende Oeffentlichkeit dadurch gewährleistet, daß die Rechtsgeschäfte, welche eine Aenderung des jeweiligen Rechtsverhältnisses bezweckten, vor der versammelten Gemeinde vorgenommen wurden. Später, als mit dem wachsenden Verkehre auch die Schreibekunst sich ausbreitete, ging man dazu über, die Geschäfte schriftlich zu beurkunden und die Urkunden zu sammeln, um das Geschehene der Vergessenheit zu entrücken. Auf diesem Wege gelangte man in vielen Gebieten, namentlich in den verkehrsreichen Städten, zur Anlegung und Führung öffentlicher Bücher, welche über die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes sichere Auskunft geben konnten. Diese Einrichtung hielt freilich nicht Stand, als das römische Recht in Deutschland sich Geltung verschaffte; nur in einigen Städten, namentlich in Hamburg und Lübeck, vermochte sie sich zu behaupten und bis auf die Gegenwart fortzubilden. Allein der Gedanke, auf welchem sie beruhte, wurde von Neuem belebt, als im vorigen Jahrhunderte das bürgerliche Recht für den preußischen Staat einheitlich gestaltet wurde.

2. Die moderne Gesetzgebung: in Preußen;

2. Die preußische Hypoth.O. v. 20. Dezember 1783 rief eine vollständige und den modernen Verhältnissen entsprechende Bucheinrichtung ins Leben. Ob und in welchem Maße sie Berührungspunkte mit ihren mittelalterlichen Vorgängern hatte, ist eine Frage, die nur von rechtsgeschichtlichem Interesse ist. Hier ist nur hervorzuheben, daß die Gesetzgebung das Oeffent-

[1]) Vergl. §§ 830, 837, 838, 876—879, 1083.
[2]) Vergl. §§ 829, 874, 878, 880, 983, 1021, 1147.

lichkeitsprinzip, welchem sie die Rechtsverhältnisse unterstellte, nicht sowohl wegen der politischen Bedeutung des Grundbesitzes, als vielmehr aus Rücksicht auf die Bedürfnisse des Grundstücksverkehres und des Realkredites in das System des Sachenrechtes einführte. Der ausgesprochene Zweck der Hypothekenordnung war „die Feststellung der Eigenthumsrechte und des Kredites der Besitzer unbeweglicher Grundstücke und die Sicherung des Publikums bei den darauf gemachten Anlehnen." Das Gesetz gab deshalb Vorschriften darüber, „wie die Hypothekenbücher einzurichten, was für Realrechte und Lasten in selbigen zu vermerken und was bei deren Eintragung, Umschreibung auf Andere, oder Löschung, ... zu beobachten" sei[1]). Alle selbständigen Grundstücke sollten in dem Buche verzeichnet, jedem Grundstücke ein besonderes Folium angewiesen, der Besitztitel des Eigenthümers berichtigt und der als Besitzer Eingetragene für den wahren Eigenthümer angesehen, alle Hypotheken- und Realverbindlichkeiten, mit Ausnahme der gemeinen Lasten, in dem Buche eingeschrieben und alle Veränderungen, welche der Realzustand erfahren würde, sorgfältig nachgetragen werden.[2])

Die Absicht war hiernach erkennbar die, das gesammte Immobilienrecht auf der Grundlage der Bucheinrichtung zu regeln, bei dem Karakter des Hypothekenbuches als eines Pfandbuches nicht stehen zu bleiben, sondern dasselbe zu einem wirklichen Grundbuche zu machen. Das Allgemeine Landrecht ging indessen nicht so weit. Es erkannte das Publizitätsprinzip und das Eintragungsprinzip nur zu Gunsten der hypothekarischen Belastung an. Im Uebrigen wurde das Traditionsprinzip des römischen Rechtes nicht aufgegeben. Das Eigenthum konnte nur durch Uebergabe erworben werden, und auch die Begründung begrenzter Rechte an einem Grundstücke blieb für die wichtigsten Fälle unabhängig von der Eintragung in das Hypothekenbuch. Die Besitztitelberichtigung hatte im Wesentlichen nur die Bedeutung, daß der als Besitzer Eingetragene mit gutgläubigen Dritten alle eine Uebergabe des Grundstückes nicht erfordernden dinglichen Rechtsgeschäfte gültig vornehmen konnte, auch wenn er in Wahrheit nicht der Eigenthümer war.[3]) Die spätere Gesetzgebung verlieh auch noch formell den Hypothekenbüchern das Gepräge des Pfandbuchsystemes, indem sie die bisher bestandene Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels beseitigte.[4]). Erst in neuerer Zeit hat sich der Uebergang zum Grundbuchsysteme in Preußen vollzogen.

in anderen Bundesstaaten;

In anderen Bundesstaaten ging man ebenfalls an eine Reform des Immobilienrechtes. Das Traditionsprinzip sowie die gesetzlichen und generellen Hypotheken des gemeinen Rechtes erwiesen sich immer mehr als unvereinbar mit den Anforderungen, welche das zunehmende Kreditbedürfniß der Grundbesitzer an die Rechtssicherheit stellte. Während einige Staaten dieses Bedürfniß durch eine Reform des Hypothekenrechtes befriedigen zu können

[1]) Eing. der Hypoth. O. v. 20. Dezember 1783.

[2]) Hypoth. O. I §§ 6, 8, 41 ff., II, §§ 92, 109.

[3]) A. L. R. I, 10 §§ 1, 10 ff., I, 20 § 410; Plen. Beschl. des vorm. Ober-Trib. zu Berlin v. 7. Juli 1851, Entsch. 21 S. 10.

[4]) Kab. O. v. 31. Oktober 1831.

glaubten und deshalb das Pfandbuchsystem einführten, erstreckten andere die Reform auch auf die Regelung des Eigenthumserwerbes und gelangten so zur Annahme des Grundbuchsystemes. Gegenwärtig bildet dieses oder jenes System in den weitaus meisten Staaten, in welchen das gemeine Recht gilt, die Grundlage des Immobilienrechtes.

im franz. Rechtsgebiete;

Daneben besteht in ausgedehnten Gebieten noch das Transskriptions- und Inskriptionssystem des französischen Rechtes. Der code civil erinnert durch die Schärfe, mit welcher er die Verschiedenheit der Behandlung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen durchgeführt hat, an die germanische Auffassung. Aber die Art und Weise, wie das Immobilienrecht in ihm gestaltet ist, steht in einem auffälligen Gegensatze zu der Entwickelung auf deutschem Boden. Das Eigenthum wird nach ihm durch formlosen Vertrag übertragen, und wenn auch das sogenannte Transskriptionsgesetz (loi sur la transcription en matière hypothécaire) vom 23. März 1855 die Eintragung der Erwerbsurkunden und gewisser Urtheile in das Transskriptionsregister vorschreibt, so knüpft es doch den Eigenthumserwerb selbst nicht an die Eintragung. Die Rechte aus den der Transskription unterliegenden Akten können zwar dritten Personen, welche Recht an der Liegenschaft erworben und gewahrt haben, bis zur Transskription nicht entgegengehalten werden. Die materiellen Wirkungen aber, welche das Gesetz mit der Transskription verbindet, bestehen im Wesentlichen nur darin, daß dieselbe die Wiederauflösungsklage des Veräußerers und die Inskription von Hypotheken und Privilegien gegen denselben zu Gunsten Dritter gewissen Beschränkungen unterwirft. Im Uebrigen sind die privilegirten Hypotheken beibehalten, und die Eintragung der vertragsmäßigen und der richterlichen Hypotheken in das Inskriptionsregister hat nur die Bedeutung, daß die Reihenfolge, in welcher sie vorgenommen wird, für die Rangordnung der Gläubiger maßgebend ist.

in Bremen.

Ein ganz eigenartiges Immobilienrecht hat sich in Bremen unter Fortbildung der Auflassung des Mittelalters entwickelt. Das Eigenthum wird hier bei Veräußerungen unter der Hand durch „Lassung", bei öffentlichen Verkäufen durch Einhändigung des Zuschlagsprotokolles erworben, und die Verpfändung der Grundstücke kann nur mittels „Handfesten" bewirkt werden. Der Veräußerung geht eine öffentliche Abkündigung durch das Erbe- und Handfesten-Amt voran. Sie enthält die Aufforderung aller Betheiligten zur Anmeldung der das Grundstück betreffenden Ansprüche binnen sechs Wochen bei Vermeidung des Rechtsverlustes. Von der Anmeldung befreit sind nur diejenigen handfestarischen Gläubiger, welche ihr Recht in das dafür bestimmte Buch haben eintragen lassen. Nach der Lassung oder der Einhändigung des Zuschlagsprotokolles bestimmen sich die Rechte an dem Grundstücke lediglich durch den Inhalt der Lassungs- oder der Zuschlagsurkunde. Die einzelnen Urkunden, welche in chronologischer Reihenfolge zusammengebunden werden, bilden das sogenannte „Erbebuch". Die Willigung von „Handfesten" wird gleichfalls öffentlich bekannt gemacht. Die Ausfertigung erfolgt durch die genannte Behörde, sofern nicht vor Ablauf der Ausschlußfrist ein begründeter Beispruch erhoben wird. Jede Handfeste muß auf eine bestimmte Summe lauten, das Grundstück, auf welches sie gewilligt ist, bezeichnen, und die

Stelle, welche sie in der Reihenfolge der Handfesten einnimmt, angeben. Die Handfesten werden dem Williger ausgehändigt. Ein Pfandrecht an dem Grundstücke nach Maßgabe der einzelnen Handfeste entsteht durch Uebergabe der Urkunde an den Gläubiger. Der Weiterversatz ist zugelassen, jedoch nur zugleich mit der Forderung, für welche die Handfeste haftet.

3. Uebersicht bezüglich des Geltungsgebietes:

3. Ein näheres Eingehen auf den Inhalt der geltenden Immobiliengesetze muß bis zur Begründung der einzelnen Abschnitte ausgesetzt bleiben. Zur Kennzeichnung des allgemeinen Standpunktes, von welchem der Entwurf ausgeht, wird folgende Uebersicht genügen.

a) Immobilienrecht ohne Buch-einrichtung.

a) Das gemeine Recht gilt wesentlich unverändert in dem Bezirke des preußischen Amtsgerichtes zu Homburg[1]) und für gewisse Grundstücke in dem zu Mecklenburg-Strelitz gehörenden Fürstenthume Ratzeburg. Für Bremen ergiebt sich der oben angedeutete Rechtszustand aus der Erbe und Handfesten O. v. 30. Juli 1860.

b) Franz. Transskriptions- und Inskriptionssystem.

b) Das Transskriptions- und Inskriptionssystem bildet die Grundlage des Immobilienrechtes in dem Bezirke des preußischen Oberlandesgerichtes zu Köln, der bayerischen Pfalz, dem Großherzogthume Baden, der hessischen Provinz Rheinhessen, dem oldenburgischen Fürstenthume Birkenfeld und dem Reichslande Elsaß-Lothringen.

α. In Preußen erfuhr das französische Immobilienrecht bereits durch die Subhast. O. v. 1. August 1822 verschiedene Aenderungen. Die späteren Versuche, das Hypothekenrecht zu verbessern, blieben zunächst ohne Erfolg[2]). Auch die Ausführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen griffen kaum merklich in das materielle Recht ein[3]). Erst das Gesetz über die Veräußerung und hypothekarische Belastung von Grundstücken im Geltungsbereiche des rhein. R. v. 20. Mai 1885 hat Reformen von erheblicher Bedeutung gebracht. Vor Allem ist das Spezialitätsprinzip dadurch verschärft, daß die Akte, deren Eintragung in die Register des Hypothekenbewahrers verlangt wird, eine genaue Bezeichnung der betreffenden Grundstücke nach dem Kataster enthalten sollen (§§ 2, 3, 5). Sodann wird für die Uebertragung des Grundeigenthumes durch Rechtsgeschäft unter Lebenden die Errichtung eines notariellen bezw. gerichtlichen Vertrages vorgeschrieben (§ 1). „Privilegien, mit Ausnahme der im Art. 2101 des rheinischen Civilgesetzbuches bezeichneten, und Hypotheken werden nur durch Einschreibung in die Register des Hypothekenbewahrers und nur bezüglich der in der Einschreibung einzeln bezeichneten Grundstücke wirksam. Hypotheken haben in keinem Falle einen früheren Rang, als von dem Tage, an welchem die Einschreibung bewirkt worden ist" (§ 4). Die Eintragung selbst ist wesentlichen Beschränkungen unterworfen (§§ 10—12); namentlich werden die Privilegien, welche der code civil Art. 2103 dem Verkäufer und dem

---

[1]) Siehe indessen das Ausf. G. zur Konk. O. v. 6. März 1879 §§ 2 u. 3.

[2]) So insbesondere der von Reichensperger im Auftrage der Regierung ausgearbeitete Entwurf eines Hypothekengesetzes mit Motiven 1851 und die Vorschläge Philippi's in dessen Versuch über das Hypothekenrecht ꝛc. 1860.

[3]) Eine Beschränkung der gesetzlichen Vorzugsrechte findet sich in dem Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 6. März 1879 § 10.

Darleiher von Geld zum Ankaufe einer unbeweglichen Sache beilegt, an die nämlichen Vorausſetzungen geknüpft, von welchen nach Art. 2109 und 2113 das Privileg des Miterben abhängt (§ 6).

β. Für Bayern ergiebt ſich die hauptſächlichſte Aenderung des franzöſiſchen Immobilienrechtes aus der Beſtimmung des Notar. Geſ. v. 10. Nov. 1861 Art. 14, daß über alle Verträge, welche Rechte an Grundſtücken betreffen, bei Strafe der Nichtigkeit notarielle Urkunden zu errichten ſind. Im Uebrigen beſchränken ſich die Reformen auf die Immobiliarexekution, welche durch die Proz. O. v. 29. April 1869 und jetzt durch das Geſetz, betr. die Zwangsvollſtreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 23. Febr. 1879, einheitlich geregelt iſt.

γ. Die badiſchen Einrichtungen weichen von den franzöſiſchen weſentlich darin ab, daß die ortsgerichtliche Gewährung beibehalten iſt und dementſprechend die Gemeindebehörden, welchen die Führung der Regiſter (Grund- und Pfandbücher) obliegt, vor jeder neuen Eintragung genau zu unterſuchen haben, ob der bisherige Bucheigenthümer, gegen welchen ein Veräußerungsakt oder ein Pfandrecht eingetragen werden ſoll, zu der Veräußerung oder der Verpfändung befugt iſt, insbeſondere das Grundſtück rechtmäßig erworben hat, überhaupt ob der Einſchreibung nach Inhalt der Bücher ein Hinderniß nicht entgegenſteht. Das Nähere ergiebt ſich aus der landesherrlich genehmigten Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher vom 23. April 1868. Die wichtigſte materielle Aenderung iſt die, daß die Wirkſamkeit der Eigenthumsübertragung und der Vertragshypothek gegen Dritte von der Eintragung abhängig gemacht iſt[1]).

δ. In Rheinheſſen handelte es ſich bei den ſeit langer Zeit erſtrebten Reformen weſentlich darum, das in den Provinzen Starkenburg und Oberheſſen beſtehende Grundbuchſyſtem auf das Gebiet des franzöſiſchen Rechtes zu übertragen. Dieſe Reformen ſind bei Einführung der Reichsjuſtizgeſetze zum Abſchluſſe gelangt durch das Geſetz, die Uebertragung von Grundeigenthum und die Fortführung der Grundbücher betreffend, vom 6. Juni 1879, mit der Ausführungsverordnung vom 9. September desſelben Jahres.

ε. In Birkenfeld ſind die franzöſiſchen Einrichtungen durch die oldenburg. Hypoth. O. vom 11. Oktober 1814 erheblich modifizirt worden.

ζ. Für Elſaß-Lothringen iſt nur das Geſetz über die Zwangsvollſtreckung in das unbewegliche Vermögen vom 30. April 1880 zu erwähnen. Die Verſuche der Regierung, das Immobilienrecht auf der Grundlage des Grundbuchſyſtemes zu geſtalten, ſind bisher erfolglos geweſen.

Die franzöſiſche Regiſtereinrichtung beſteht zum Theil auch in dem vormaligen Freiſtaat Frankfurt a. M., obſchon erheblich modifizirt durch die Wiedereinführung des älteren Rechtes im Jahre 1814, ſowie durch neuere Geſetze, namentlich die Verordnung wegen der gerichtlichen Transſkriptionen ꝛc. vom 16. März 1820, die Verordnung wegen der Transſkriptionen und Beſtellung von Hypotheken auf dem Lande vom 16. März 1825, das Geſetz, die Rangordnung der Gläubiger ꝛc. betreffend, vom 10. Januar 1837.

[1]) Bad. L. R. Satz 939a, 1002a, 1583a.

c) Pfandbuchsystem; c) Auf der Grundlage des Pfandbuchsystemes regeln das Immobilienrecht:

α. für Bayern, mit Ausschluß der Pfalz, das Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822;

β. für Württemberg[1]) das Pfandgesetz v. 15. April 1825 und das Gesetz, die vollständige Entwickelung des neuen Pfandsystems betreffend, v. 21. Mai 1828;

γ. für den ritterschaftlichen Grundbesitz in Mecklenburg-Schwerin und Strelitz, mit Ausschluß von Ratzeburg[2]), die revidirte Hypoth. O. für Landgüter[3]) v. 18. Oktober 1848, ferner für die Erbpachtstellen auf den Gütern der (schwerinschen) Landesklöster Dobbertin, Malchow und Ribnitz die revidirte Hypoth. O.[4]) v. 8. Dezember 1852;

δ. für Weimar[5]) das Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 6. Mai 1839 mit der Ausführungsverordnung v. 12. März 1841;

ε. für Schwarzburg-Rudolstadt das Gesetz, die Verbesserung des Hypothekenwesens betreffend, v. 6. Juni 1856;

ζ. für den preußischen Kreis Herzogthum Lauenburg die Verordnung zur Verbesserung des Hypothekenwesens v. 15. März 1836 und die Schuld- und Pfandprotokoll O. v. 26. Mai 1860.

d) Grundbuchsystem. d) Auf der Grundlage des Grundbuchsystemes regeln das Immobilienrecht:

α. für Preußen, mit Ausschluß der in dieser Uebersicht bezeichneten einzelnen Gebietstheile, das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten sowie die Grundb. O.[6]), beide v. 5. Mai 1872.

---

[1]) Die Gemeindegüterbücher, welche in Württemberg die Grundlage der Pfandbücher bilden, dienen zum Nachweise der einzelnen Grundstücke und der Eigenthümer, ohne Rücksicht auf das Pfandrecht. Gleichwohl dürften sie nicht als Grundbücher anzusehen sein, weil das Eigenthum in Württemberg unabhängig von der Eintragung erworben wird.

[2]) Das Rittergut Horst ist ausnahmsweise mit der Hypoth. O. für Landgüter beliehen.

[3]) Die Hypoth. O. für Landgüter ist an die Stelle der ritterschaftlichen Hypoth. O. v. 12. bezw. 19. November 1819 getreten.

[4]) Durch dieses Gesetz ist die Hypoth. O. v. 20. Februar 1837 ersetzt worden.

[5]) Die in Weimar unter dem Namen „Grundbücher" angelegten Bücher dienen zunächst steuerlichen Zwecken. Für das Privatrecht versehen sie ähnliche Funktionen wie die württembergischen Güterbücher.

[6]) Diese Gesetze sind für das Geltungsgebiet des A. L. R. und der A. Hypoth. O., mit Ausschluß der Gebietstheile der Provinz Hannover, erlassen, im Jahre 1873 jedoch durch sieben verschiedene Gesetze über das Grundbuchwesen in folgenden Landestheilen eingeführt worden: Jadegebiet, Neuvorpommern und Rügen, Schleswig-Holstein, Hannover mit Ausschluß des Jadegebietes, Bezirk des vorm. Appellationsgerichtes zu Kassel, mit Ausschluß des Amtsgerichtsbezirkes von Vöhl, Bezirk des vorm. Justizsenates zu Ehrenbreitstein, Hohenzollernsche Lande.

In Waldeck und Pyrmont ſind dieſe Geſetze eingeführt durch das Geſetz über das Grundbuchweſen v. 25. Januar 1881. Nachgebildet ſind ihnen die entſprechenden Geſetze folgender Staaten: Oldenburg, Herzogthum, v. 3. April 1876; Coburg-Gotha, v. 1. März 1877; Braunſchweig, v. 8. März 1878; oldenb. Fürſtenthum Lübeck, v. 28. Januar 1879; Lippe-Detmold, v. 27. Juli 1882; Schwarzburg-Sondershauſen, v. 2. Auguſt 1882; Schaumburg-Lippe, v. 26. Auguſt 1884;

β. für das Königreich Sachſen das bürgerl. G. B. v. 2. Januar 1863 und die Verordnung, das Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsſachen betr., v. 9. Januar 1865. Sie wiederholen weſentlich den Inhalt des Geſetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenweſen betr., v. 6. November 1843. Meiſt wörtliche Nachbildungen dieſes Geſetzes ſind die gleichnamigen Geſetze folgender Staaten: Altenburg, v. 13. Oktober 1852; Sondershauſen, v. 20. Juli 1857; Reuß jüng. L., v. 20. November 1858; Reuß ält. L., v. 27. Februar 1873. Sondershauſen hat bei ſeinem Anſchluſſe an das preußiſche Grundbuchrecht die ſächſiſche Einrichtung der Bücher beibehalten;

γ. für Anhalt das Geſetz, betr. die Einführung von Grundbüchern, v. 11. März 1877;

δ. für die Städte in Mecklenburg-Schwerin und Strelitz die revidirte Stadtbuch O.[1]) v. 21. Dezember 1857, für Wismar die Stadtbuch O. v. 22. Februar 1838; für den ländlichen Kleingrundbeſitz in Schwerin das Geſetz über die Grund- und Hypothekenbücher für den Privatgrundbeſitz in den Großherzogl. Domainen v. 2. Januar 1854, die Hypoth. O. für den ländlichen Grundbeſitz im Territorium der Stadt Roſtock v. 8. Juni 1831 und für die Erbpachtungen auf den Gütern der Stadt Wismar v. 6. Juli 1839; in Strelitz die Hypoth. O. für die Grundſtücke der ritterſchaftlichen Hinterſaſſen v. 3. Februar 1855 und die revidirte Hypoth. O. für Privatgrundbeſitzungen in den Großherzogl. Domainen und im Kabinetsamt v. 24. Dezember 1872; in Ratzeburg die revidirte Hypoth. O. für den Privatgrundbeſitz mit Ausſchluß der Rittergüter, v. 21. Auguſt 1859;

ε. für Hamburg das Geſetz über Grundeigenthum und Hypotheken v. 4. Dezember 1868, für Lübeck die Hypoth. O. v. 5. Mai 1880;

ζ. für Meiningen das Geſetz, betr. die Anlegung von Grund- und Hypothekenbüchern, v. 15. Juli 1862, und das Reviſionsgeſetz v. 7. November 1872, dazu die Inſtruktionen für die Anlegung und Fortführung der Grundbücher v. 15. Auguſt 1872 und der Hypothekenbücher v. 21. Februar 1873;

η. für das vormalige Herzogthum Naſſau das Stockbuchgeſetz und das Geſetz das Pfandrecht betr., beide vom 15. Mai 1851;

ϑ. für die heſſiſchen Provinzen Starkenburg und Oberheſſen das Geſetz zur Sicherung des Grundeigenthums und des Hypothekenweſens

---

[1]) Weſentlich gleichlautende Stadtbuchordnungen wurden erlaſſen: in Schwerin am 22. Dezember 1829, in Strelitz am 6. Januar 1830. An die Stelle dieſer Geſetze ſind die im Texte bezeichneten, gleichfalls mit einander übereinſtimmenden Stadtbuchordnungen getreten.

v. 29. Oktober 1830, das Gesetz, die Erwerbung des Grundeigenthums und die besonderen rechtlichen Folgen des Eintrags eines Erwerbtitels in dem Grundbuche betr., v. 21. Februar 1852, nebst Ausführungsverordnung v. 8. Dezember 1852, das Pfandgesetz v. 15. September 1858 und das Gesetz, das Verfahren der Hypothekenbehörden betr., v. 19. Januar 1859. Diese Gesetze gelten auch in den 1866 von Hessen an Preußen abgetretenen Gebietstheilen.

4. Die versch. Systeme nach ihrem Werthe für die Gesetzgebung:

4. Bei der Richtung, welche nach dieser Uebersicht die Rechtsentwickelung in Deutschland genommen hat, kann es kaum zweifelhaft sein, daß die durch den Zweck der gegenwärtigen Kodifikation bedingte einheitliche Gestaltung des Immobilienrechtes nur auf der Grundlage öffentlicher Bücher sich erreichen läßt.

a) System ohne Buch-einrichtung.

a) Die Nothwendigkeit der Bucheinrichtung ist unter den heutigen Verkehrsverhältnissen mit der absoluten Wirkung der dinglichen Rechte gegeben. Soll diese Wirkung nicht zu Unbilligkeiten und Ungerechtigkeiten gegen diejenigen führen, welche von ihr betroffen werden, so muß die Gesetzgebung eine positive Einrichtung schaffen, welche die Erkennbarkeit des Rechtsstandes jedes einzelnen Grundstückes gewährleistet. Wo eine solche Einrichtung nicht besteht, da kann es nicht ausbleiben, daß Jemand, welcher auf ein die Erwerbung oder die Beleihung eines Grundstückes bezweckendes Rechtsgeschäft sich eingelassen hat, hinterher erfährt, daß ältere Rechte an dem Grundstücke begründet sind, welche ihn von dem Rechtserwerbe ausschließen oder doch den Werth des Gegenstandes erschöpfen. Das Vorhandensein dieser Gefahr mindert naturgemäß die Neigung, Grundstücke zu erwerben und zu beleihen, erschwert infolge dessen den Abschluß von Veräußerungs- und Kreditgeschäften zu angemessenen Bedingungen und schädigt auf diese Weise das Interesse der Grundbesitzer auf das Empfindlichste. Deshalb hat das römische Recht dadurch, daß es den Eigenthumsübergang an die Tradition knüpft und die Verpfändung der Grundstücke durch formlosen Vertrag zuläßt, ohne eine die Erkennbarkeit der erworbenen Rechte verbürgende Einrichtung zu treffen, einer gesunden Entwickelung des Grundstücksverkehres und des Realkredites stets die größten Hindernisse bereitet, während in denjenigen Gebieten, für welche eine solche Einrichtung besteht, der unter ihrem Schutze stehende Verkehr und Kredit den Bedürfnissen des Lebens entsprechend sich zu entfalten vermag.

In Bremen hat man ohne Grund- und Hypothekenbücher im modernen Sinne lediglich durch Anwendung des alten Verschweigungsprinzipes auf den gesammten Rechtsstand der Grundstücke unleugbar eine Klarheit und Festigkeit der Rechtsverhältnisse gewonnen, wie sie besser kaum gedacht werden kann. Aber die Nothwendigkeit eines öffentlichen Aufgebotes in allen Fällen der Veräußerung und der Verpfändung erschwert in hohem Maße diese Geschäfte. Die drohenden Präklusionen nöthigen jeden nur irgendwie an dem derzeitigen Rechtsstande eines Grundstückes Betheiligten zu einer fortwährenden Aufmerksamkeit, die überaus zeitraubend und lästig ist und doch nicht unbedingt gegen Rechtsverluste schützen kann. Oeffentliche Aufgebote freilich sind auch nach dem Entwurfe nicht völlig entbehrlich. Aber sie sind das schärfste Mittel zur Herstellung der Rechtssicherheit und deshalb auf die Fälle zu beschränken, in welchen die ordentlichen Mittel zur Erreichung des Zweckes versagen.

Keinesfalls ist es ein befriedigender Zustand, wenn die Erwerbung des Eigenthumes und die Entstehung des Pfandrechtes an Grundstücken nur mit Hülfe eines Aufgebotes möglich ist. Indem die Rechtsbildung in Bremen einen solchen Zustand geschaffen hat, mag sie mit den Anschauungen des älteren deutschen Rechtes sich im Einklange wissen. Aber sie hat sich den Wandlungen entzogen, welche diese Anschauungen unter dem Einflusse einer gleichfalls deutschen Rechtsschöpfung, der Grund- und Hypothekenbücher, erfahren haben. In neuerer Zeit scheint übrigens auch in Bremen der Glaube an die Zulänglichkeit der heimischen Einrichtungen zu wanken. Wenigstens heißt es in einem amtlichen Berichte, „daß das ganze System, wie es der Erbe- und Handfestenordnung zu Grunde liegt, gegenüber der von Tage zu Tage steigenden Tendenz der Wandelbarkeit des Grundbesitzes, namentlich den überaus zahlreichen Parzellirungen und dem Bedürfnisse der Bauenden und Besitzenden, in immer weiteren Kreisen den Kredit für hypothekarische Belegungen in Anspruch zu nehmen, sich mehr und mehr als reformbedürftig erwiesen hat". Für ein großes Rechtsgebiet wie das Deutsche Reich ist ein solches nur lokalen Verhältnissen angepaßtes Rechtssystem nicht zu verwerthen.

b) Das Transskriptions- und Inskriptionssystem ist ebenfalls ungeeignet, dem bürgerlichen Gesetzbuche als Vorbild zu dienen. Es erfüllt nicht den Zweck, für welchen die Immobilienbücher bestimmt sind. Dieser Zweck ist nur erreichbar, wenn demjenigen, welcher ein auf die Erwerbung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtetes Rechtsgeschäft im Vertrauen auf den Inhalt des Buches eingeht, dieser Inhalt als richtig bezw. als vollständig gewährleistet, dem Buche öffentlicher Glaube (publica fides) beigelegt wird (Publizitätsprinzip). Es tritt dann freilich bei einem Widerspruche zwischen der Darstellung des Buches und der wirklichen Rechtslage der Uebelstand ein, daß für denjenigen, welcher dem Glauben des Buches gefolgt ist, ein anderer Rechtsstand des Grundstückes gilt als für die sonstigen Betheiligten. Allein dieser Uebelstand wird gehoben oder doch wesentlich abgeschwächt, wenn man die Buchführung für den Rechtserwerb selbst verwerthet, so zwar, daß derselbe in den praktisch wichtigsten Fällen, also namentlich in den Fällen der Eigenthumsübertragung und der Hypothekenbestellung, von der Eintragung in das Buch abhängig gemacht wird (Eintragungsprinzip). Die Gefährdung wohlerworbener Rechte durch das Publizitätsprinzip aber beschränkt sich auf das geringste Maß, wenn für die Eintragungen bestimmte, einem Widerspruche zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage möglichst vorbeugende Voraussetzungen vorgeschrieben, bezw. die Buchbehörden verpflichtet werden, eine Eintragung nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen vorzunehmen (Legalitätsprinzip).

b) Transskriptions- und Inskriptionssystem.

Das französische Recht kennt diese von deutschen Gesetzgebungen befolgten Grundsätze nicht. Im Gegensatze zu denselben beruhen seine Einrichtungen auf der Grundanschauung, daß der Privatrechtsverkehr sich unabhängig von jedweder causae cognitio der Behörden vollziehen müsse. Sie widerstreben daher jeder Verbesserung, welche von dem Legalitätsprinzipe und den durch dieses bedingten Grundsätzen — dem Publizitätsprinzipe und dem Eintragungsprinzipe — ausgeht. Die äußerste Grenze, bis zu welcher das Immobilienrecht

des code civil reformfähig ist, scheint darin zu bestehen, daß der Transskription und der Inskription die Bedeutung beigelegt wird, daß die dinglichen Rechte nur durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte erlangen. In Frankreich indessen hat man, wie das Gesetz v. 23. März 1855 ergiebt, diesen Schritt nicht voll gewagt. In einigen deutschen Staaten dagegen, namentlich in Baden und Hessen, ist die Gesetzgebung, unter Annahme des Legalitätsprinzipes, noch weiter gegangen, damit aber auch aus dem Rahmen des code civil herausgetreten.

Der Gedanke, die Wirksamkeit der dinglichen Rechte gegen Dritte von der Eintragung abhängig zu machen, ist in seiner Allgemeinheit nicht als ein glücklicher anzusehen. Ein Recht, welches Herrschaft über eine Sache ist, muß mit seiner Entstehung die Fähigkeit zur Bethätigung dieser Herrschaft gegen Jedermann erhalten. Das Gesetz kann ihm zwar aus besonderen Gründen die absolute Wirksamkeit für gewisse Fälle versagen. Aber es kann nicht, ohne das Wesen der Dinglichkeit zu verdunkeln, vorschreiben, daß das Recht erst durch einen zu seiner Erwerbung nicht erforderlichen Akt gegen Dritte wirksam werde. Für die Uebertragung der Rechte ergeben sich ohnehin praktische Unzuträglichkeiten, wenn das übertragene Recht in dem einem Falle dem Erwerber, in dem anderen dem Veräußerer zugeschrieben werden muß. Die ganze Konstruktion ist künstlich, in sich widerspruchsvoll und durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten.

e) Pfandbuchsystem.

c) Bei der Würdigung des Pfandbuchsystemes ist von den Gesetzen für Rudolstadt und Lauenburg abzusehen, da sie das Publizitätsprinzip im materiellen Sinne nicht anerkennen, die Gesetze für Lauenburg überdies das Eintragungsprinzip auch in Ansehung der Hypothek nicht durchführen. In Betracht kommen daher nur die bezüglichen Gesetze, welche in Bayern, Württemberg, Weimar und Mecklenburg gelten. Der Grundgedanke, welcher sie beherrscht, ist folgender:

Die Hypothek muß im Interesse des Immobiliarkredites, der in ihr die Befriedigung seiner Bedürfnisse sucht, in quanto et quali erkennbar sein. Sie kann daher ohne Eintragung in das Hypothekenbuch nicht zur Entstehung gelangen. Die eingetragene Hypothek aber ergreift das Grundstück in der Rechtslage, in welcher dasselbe zur Zeit der Eintragung nach Inhalt des Buches sich befindet. Aus diesem Grunde bedürfen auch das Eigenthum und andere Rechte, sofern sie auf den Bestand oder die Sicherheit der Hypothek von Einfluß sind, regelmäßig der Veröffentlichung durch das Hypothekenbuch oder, wie in Württemberg und Weimar, durch ein besonderes, zum Nachweise der Grundstücke bestimmtes Buch. Dem Hypothekengläubiger gegenüber können Rechte, welche in dieser Weise veröffentlicht sind, nicht in Frage gestellt und Rechte, welche der Eintragung ermangeln, nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß die Hypothek nicht in gutem Glauben erworben ist. Die Eintragung erfolgt stets erst nach genauer Prüfung ihrer Voraussetzungen durch die Buchbehörde.

Auf diese Weise bringen die bezeichneten Gesetze die drei Grundprinzipien, auf welchen die Bucheinrichtung beruhen muß, um ihren Zweck zu erfüllen, für das Hypothekenrecht zur Geltung. Zur Zeit ihrer Abfassung hielt man

dies für genügend, um den Realkredit, dessen Hebung und Förderung als die dringendste Aufgabe der Immobiliengesetzgebung angesehen wurde, auf eine feste Grundlage zu stellen. Die Frage, ob nicht auch andere Rechte an Grundstücken, namentlich das Eigenthum, des gleichen Schutzes werth und bedürftig seien wie die Hypothek, trat in dieser Klarheit damals an die Gesetzgeber nicht heran, sei es, daß man ihre Bedeutung für den Verkehr überhaupt noch nicht zu würdigen verstand, sei es, daß man sie unabhängig von der Reform des Hypothekenrechtes lösen zu können glaubte. Die heutigen Verhältnisse drängen zur Bejahung der Frage und damit zur Annahme des Grundbuchsystemes.

d) Dem Pfandbuchsysteme gegenüber ist das Grundbuchsystem das konsequentere und vollkommenere System. Die Voraussetzung der Rechte an einer fremden Sache ist das Eigenthum, welches durch dieselben eingeschränkt oder beschwert wird, die Voraussetzung des Eigenthumes der Gegenstand, welchen dasselbe ergreift. Daher besteht die erste Aufgabe der Bucheinrichtung in der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Grundstücke, die zweite in der Sicherung und Befestigung des Eigenthumes und erst die dritte in der Darstellung der Belastungen desselben, insonderheit der Hypotheken. Indem das Grundbuchsystem die Erfüllung dieser Aufgaben ermöglicht, unterscheidet es sich von dem Pfandbuchsysteme vornehmlich dadurch, daß nach ihm das Eigenthum um seiner selbst willen, nicht blos der Hypothek wegen, durch das Buch veröffentlicht, seine Uebertragung daher ebenfalls dem Eintragungsprinzipe unterworfen wird. Hiermit ist der große Vortheil verbunden, daß das Grundbuchsystem den Gegensatz zwischen Bucheigenthum und wirklichem Eigenthum, der nach dem Pfandbuchsysteme in allen Veräußerungsfällen eintritt, auf die wenigen Fälle beschränkt, in welchen der amtlichen Prüfung ungeachtet ein ungültiges Uebertragungsgeschäft zur Eintragung gelangt ist. Ein weiterer Vortheil ist der, daß nicht blos die mit Hypotheken belasteten Liegenschaften, sondern die gesammten Grundstücke, soweit nicht aus besonderen Gründen von ihrer Buchung abzusehen ist, durch das Grundbuch nachgewiesen werden. In dieser Hinsicht hat die neuere Gesetzgebung einen bedeutenden Fortschritt gemacht. d) Grundbuchsystem.

Für den Verkehr, sofern derselbe nicht lediglich in den Grenzen eines kleineren Bezirkes sich bewegt, kommt es nicht blos darauf an, daß eine bestimmte Person Subjekt des Eigenthumes oder einer Hypothek ist, sondern auch darauf, und zwar vorzugsweise, daß ihr das Recht gerade an dem gebuchten Grundstücke zusteht, daß also das Grundbuch nicht allein über die Rechte, sondern auch über den Gegenstand derselben möglichst sichere Auskunft giebt. Während nun in den beiden Mecklenburg und den Hansestädten Hamburg und Lübeck das Grundbuchsystem seine eigentliche Bedeutung nur in der Beziehung auf die Rechte hat, in dem Großherzogthume Hessen dagegen bei dem Uebergange zu diesem Systeme der Schwerpunkt desselben in die Ausmittelung und Beurkundung der Bodenparzellen gelegt wurde, gelang es in dem Königreiche Sachsen, unter zweckmäßiger Verwerthung der Ergebnisse der Landesvermessung, die beiden Seiten des Grundbuchsystemes auf deren natürliche Zusammengehörigkeit zurückzuführen und so ein einheitliches Grund- und Hypothekenbuch herzustellen, welches die Erkennbarkeit der Rechte auch in Ansehung des Gegenstandes derselben gewährleistet. Nach dem Vorgange Sachsens haben alle

Gesetzgebungen, welche seitdem zu dem Grundbuchsysteme übergegangen sind, der Bucheinrichtung die Landesvermessung und die Kartirung der Bodenparzellen zu Grunde gelegt.

Soviel bekannt, hat dieses System in den Gebieten seiner Geltung sich durchaus bewährt. Die Bedenken, welchen es früher begegnete, kamen meist aus solchen Gegenden, in welchen die Bodenzersplitterung sehr weit vorgeschritten ist; man besorgte, daß die Durchführung des Systemes an der übergroßen Zahl der Grundstücke scheitern würde. Allein die Erfahrung hat das Gegentheil ergeben. Die Grundbucheinrichtung funktionirt gleichmäßig für geschlossene Güter wie für kleine Grundstücke. Es kommt nur darauf an, daß die Katastereinrichtung in zweckmäßiger Weise für die Anlegung und Führung der Grundbücher verwerthet wird. Die Beschaffung dieser Einrichtung freilich ist nur durch jahrelange Arbeit erreichbar und mit erheblichen Kosten verbunden. Aber in Deutschland sind die Grundstücke fast überall geometrisch vermessen und kartirt worden, die thatsächliche Voraussetzung für ein rationelles Grundbuchsystem mithin vorhanden. Im Uebrigen darf an der Bereitwilligkeit der betheiligten Staaten, die Opfer zu bringen, welche die Einführung des Systemes erheischt, um so weniger gezweifelt werden, als es sich hierbei nicht blos um das ideale Interesse der Rechtseinigung handelt, sondern um die Befriedigung eines großen wirthschaftlichen Bedürfnisses, dessen Berechtigung schwerlich bestritten werden dürfte[1]).

Der Entwurf regelt deshalb das Immobilienrecht auf der Grundlage des Grundbuchsystemes[2]), indem er voraussetzt, daß alle Grundstücke, soweit nicht gewisse Kategorieen durch das Gesetz von dem Buchungszwange ausgenommen werden, zu buchen und die an jedem einzelnen Grundstücke bestehenden Rechte durch das Grundbuch nachzuweisen sind. Er macht die Erwerbung dieser Rechte, soweit er dieselbe ordnet, mit nur wenigen, die Uebertragung und Belastung der Hypothek und der Grundschuld betreffenden Ausnahmen, von der Eintragung abhängig und führt so das Eintragungsprinzip im Wesentlichen vollständig durch. Dabei stellt er die durch Rechtsgeschäft sowie die im Wege der Zwangsvollstreckung sich vollziehende Erwerbung in allen Fällen unter den Schutz des Publizitätsprinzipes, so daß dem Verkehre auf dem Gebiete des Immobilienrechtes durchweg die nöthige Rechtssicherheit verbürgt erscheint. Das Legalitätsprinzip endlich ist die unerläßliche Voraussetzung dieser Gestaltung.

Im Allgemeinen hält sich der Standpunkt des Entwurfes in den Grenzen des geltenden Rechtes. Indessen mag hier nicht unerwähnt bleiben, daß das Publizitätsprinzip in den hessischen und den nassauischen Grundbuchgesetzen keinen Ausdruck gefunden hat und das Eintragungsprinzip in den

---

[1]) Auf dem dritten deutschen Juristentage hatte das Pfandbuchsystem noch einige Vertreter gefunden. Doch entschied sich die vereinigte 1. und 2. Abtheilung des Juristentages in der Sitzung vom 26. August 1862 für das Grundbuchsystem als Grundlage einer deutschen Gesetzgebung über das Hypothekenwesen. Verhandl. des 3. d. J. T. Bd. 2 S. 186 und 187.

[2]) Anm. III zur Ueberschrift des dritten Buches des Entwurfes

meisten Gesetzen nicht für alle neben der Hypothek und der Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwerthet wird.

VI. Ausscheidung des formellen Grundbuchrechtes.

1. Die Gestaltung des Immobilienrechtes nach dem Grundbuchsysteme bringt es mit sich, daß die Bucheinrichtung in ihren Einzelheiten geregelt wird. Diese Regelung muß sich namentlich auf folgende Punkte erstrecken: die Herstellung der Bücher unter Zugrundelegung der urkundlichen Ergebnisse der Landesvermessung, die Bestimmung der Buchbezirke, die Verfassung der Behörden, welchen die Buchführung obliegen soll, und das dabei zu beobachtende Verfahren. Es bedarf deshalb einer ganzen Reihe von Vorschriften, welche dem formellen Rechte angehören. Zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch aber sind dieselben nicht geeignet, weil dessen Aufgabe grundsätzlich auf das materielle Recht beschränkt und eine Abweichung von diesem Grundsatze zu Gunsten des formellen Grundbuchrechtes schon durch die Rücksicht auf das System und die verschiedene Bedeutung der materiellen und der formellen Vorschriften für die Betheiligten ausgeschlossen ist. Nichtsdestoweniger muß das Grundbuchwesen mit Einschluß des Verfahrens der Buchbehörden insoweit einheitlich geordnet werden, als die einheitliche Geltung der Bestimmungen des Gesetzbuches erfordert. Der Entwurf setzt deshalb voraus, daß mit der Einführung des Gesetzbuches zugleich im Wege der Reichsgesetzgebung eine dem bezeichneten Zwecke entsprechende Grundbuchordnung erlassen werden wird[1]).

2. Auf den Inhalt dieses Gesetzes näher einzugehen, wird sich im Laufe der Begründung des Entwurfes wiederholt Gelegenheit bieten. An vorliegender Stelle ist nur noch Folgendes zu bemerken:

In dem Großherzogthume Hessen und den von demselben an Preußen abgetretenen Gebietstheilen, dem vormaligen Herzogthume Nassau, dem Herzogthume Meiningen und der freien Stadt Hamburg werden neben den Grundbüchern noch besondere Hypothekenbücher geführt. Doch ist die Bedeutung des Hypothekenbuches in Nassau eine mehr untergeordnete, da die Hypothek nur durch Eintragung in das Grundbuch (Stockbuch) zur Entstehung gelangen kann, und in Hamburg wird außer dem Grundbuche und dem Hypothekenbuche noch ein den wesentlichen Inhalt beider wiedergebendes Hauptbuch gehalten[2]). In Hessen und Meiningen dagegen ist der Gegensatz zwischen dem Grundbuche und dem Hypothekenbuche weder in dieser noch in jener Weise gemildert.

Die Grundbuchordnung wird ergeben, ob diese Einrichtung in dem Sinne beibehalten werden kann, daß das Hypothekenbuch als Theil des Grundbuches fortgeführt wird.

3. Den Namen „Grundbuch" haben in Preußen die Gesetze v. 5. Mai 1872 eingeführt. Ihnen folgen hierin die Grundbuchgesetze für Oldenburg,

---

[1]) Anm. III zur Ueberschrift des dritten Buches des Entw.

[2]) Bericht des von der hamburger Bürgerschaft niedergesetzten Ausschusses, betr. den Entwurf eines Hypothekengesetzes (1866) S. 19, 20.

Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe und Anhalt. Der nämlichen Bezeichnung bedient sich das sächsische Gesetzbuch in den Abschnitten vom Eigenthume und von den Reallasten; in dem Pfandrechte wird das Buch als Hypothekenbuch bezeichnet, an anderen Stellen (z. B. §§ 143 und 646) als Grund- und Hypothekenbuch. Der letzte Name ist ferner der gesetzliche in Altenburg und beiden Reuß, sowie für die Bücher über den ländlichen Kleingrundbesitz in Mecklenburg. Die Hypothekenordnung für Lübeck und die Stadtbuchordnung Mecklenburgs haben die alte Bezeichnung „Stadtbuch" beibehalten. Der Ausdruck „Stockbuch" kommt nur in Nassau vor.

Der Entwurf gebraucht ausschließlich das Wort „Grundbuch", weil dasselbe am treffendsten den Karakter des Buches bezeichnet und daher voraussichtlich auch in denjenigen Gebieten, in welchen andere Bezeichnungen eingeführt sind, ohne Schwierigkeiten sich einbürgern wird. Die Terminologie des sächsischen Gesetzbuches stört die Auffassung des Buches als einer für alle Rechte gleichmäßig bestimmten Einrichtung. Das Wort „Stadtbuch" ist wenig zutreffend, das Wort „Stockbuch" ungewöhnlich und außerhalb Nassaus schwer verständlich.

Die zur Führung der Bücher berufenen Behörden hatten in den preußischen Gesetzen v. 5. Mai 1872 den Namen „Grundbuchämter" erhalten. Mit der Nachbildung dieser Gesetze in anderen Staaten hat der Name sich weiter verbreitet. Die preußische Gesetzgebung hat ihn indessen aufgegeben, seit die Grundbuchämter bei Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes beseitigt sind und die Verwaltung des Grundbuchwesens den Amtsgerichten übertragen worden ist. In den Gebieten des sächsischen Grundbuchrechtes heißt die Buchbehörde „Grund- und Hypothekenbehörde", in Hamburg und Lübeck „Hypothekenamt"; in anderen Staaten, welche die Grundbucheinrichtung haben, führt das Gericht oder die sonstige Behörde, welcher die Buchführung obliegt, bei Wahrnehmung dieser Funktion keinen besonderen Namen.

Der Entwurf kann, um nicht zu einer umständlichen, die Klarheit seiner Vorschriften beeinträchtigenden Umschreibung genöthigt zu werden, eines technischen Ausdruckes zur Bezeichnung der Buchbehörde nicht entbehren. Die einfachste und passendste Bezeichnung aber bietet sich in dem Worte „Grundbuchamt". Durch den Gebrauch dieses Wortes in dem Gesetzbuche wird der Frage, welchen Behörden die Verwaltung des Grundbuchwesens zustehen oder ob selbständige Buchämter errichtet werden sollen, nicht vorgegriffen.

Der Name „Grundbuchordnung" für das zur Regelung des formellen Grundbuchrechtes erforderliche Reichsgesetz wird einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürfen.

VII. Eintheilung des Sachenrechtes.

1. Die Hauptaufgabe des Sachenrechtes ist die Regelung der dinglichen Rechte. Unter diesen Rechten ist das Eigenthum das vollkommenste und wichtigste, seine Behandlung von den übrigen daher allgemein gebräuchlich. Die Reihenfolge, in welcher die letzteren sich ihm anschließen, ist mehr oder

weniger willkürlich, für die Gestaltung und Anwendung des Gesetzes auch ziemlich gleichgültig. Ein gewisser Anhalt ergiebt sich daraus, daß die begrenzten Rechte ihren Inhalt entweder aus dem Nutzungsrechte oder aus dem Veräußerungsrechte des Eigenthümers schöpfen. Diese Unterscheidung würde dahin führen, dem Erbbaurechte und den Dienstbarkeiten die Stelle vor den anderen begrenzten Rechten einzuräumen. In Ansehung des Vorkaufsrechtes indessen macht sich hiergegen die Erwägung geltend, daß dasselbe die schärfste Eigenthumsbeschränkung enthält, indem es, sobald es sich bethätigt, das Recht des jeweiligen Eigenthümers vollständig aufhebt. Der Entwurf läßt deshalb das Vorkaufsrecht unmittelbar auf das Eigenthum folgen.

Einen weiteren, und zwar viel umfassenderen, weil alle dinglichen Rechte betreffenden, Einfluß auf das System hat die Verknüpfung des Immobilienrechtes mit dem Grundbuche. Die Anwendung des Eintragungs- und des Publizitätsprinzipes eröffnet dem Gesetzgeber eine Reihe von Gesichtspunkten, welche auf gemeinsame Vorschriften für die Rechte an Grundstücken hinweisen. Der Entwurf hat solche Vorschriften aufgestellt, einmal um die Grundsätze, welche ihn leiten, klar hervortreten zu lassen, sodann um Wiederholungen, welche sonst nöthig wären, zu vermeiden. Die Stellung dieser Vorschriften vor dem Eigenthume rechtfertigt sich durch die allgemeine Natur derselben.

Für die Rechte an beweglichen Sachen sind gemeinsame Bestimmungen nicht in Aussicht genommen. Zwar würde man solche, wenn auch nur in geringer Zahl, aus der wesentlich gleichen Bedeutung des dinglichen Vertrages und der Tradition für die einzelnen Rechte abstrahiren können. Allein ein Vortheil von Belang wäre hierdurch kaum zu gewinnen. Der Inhalt der Erwerbsgeschäfte ist bei dem Eigenthume ein ganz anderer als bei dem Nießbrauche und dem Pfandrechte. Eine gemeinsame Regelung wäre daher der Gefahr ausgesetzt, auf einige doktrinäre Aussprüche sich beschränken zu müssen, hierdurch aber die Vorschriften konkreten Inhaltes, welche für die einzelnen Rechte getrennt zu geben wären, zu verdunkeln. Es scheint deshalb rathsamer, den dinglichen Vertrag zunächst bei der Erwerbung des Eigenthumes vollständig zu regeln und auf diese Regelung bei dem Nießbrauche und dem Pfandrechte zu verweisen. Diesen Weg hat der Entwurf eingeschlagen.

2. In das Sachenrecht gehören außer den dinglichen Rechten noch die an gewisse Eigenschaften der Sachen zu knüpfenden Rechtsfolgen und der Besitz.

a) Die rechtlichen Folgen, welche sich mit den Eigenschaften der Sachen verbinden, haben überwiegend einen sachenrechtlichen Karakter. Wenn sie gleichwohl noch von neueren Kodifikationen, namentlich dem sächsischen Gesetzbuche und dem bayerischen Entwurfe, in dem allgemeinen Theile abgehandelt werden, so liegt der Grund hierfür darin, daß ihre Tragweite auch auf die übrigen Rechtstheile sich erstreckt. Allein der Allgemeine Theil hat nicht die Aufgabe, die einem besonderen Theile angehörenden Vorschriften um deswillen aufzunehmen, weil sie auch für andere Theile des Gesetzbuches maßgebend sind. Eine solche Auffassung würde die Bedeutung zahlreicher Bestimmungen der besonderen Theile in einem falschen Lichte erscheinen lassen. Die Tragweite jedes einzelnen Satzes, welchen das Gesetzbuch ausspricht, richtet sich nach dem Inhalte dieses Satzes und nach dem Zusammenhange desselben mit anderen

Sätzen. Daß dies hinsichtlich der Allgemeinen Vorschriften über Sachen verkannt werden möchte, ist nicht zu besorgen. Die passende Stelle dieser Vorschriften ist an der Spitze des Sachenrechtes.

b) Die Besitzlehre wird in den wissenschaftlichen Darstellungen des Privatrechtes bald in dem Allgemeinen Theile, bald im Sachenrechte, ja sogar in dem Obligationenrechte vorgetragen. Es hängt dies mit den verschiedenen Auffassungen des Besitzes zusammen. Der Entwurf geht davon aus, daß der Besitz bezw. die Inhabung ein von der Rechtsordnung zu schützendes Verhältniß der Person zur Sache begründet und deshalb im Sachenrechte zu regeln ist. Die Regelung erfolgt nach dem Vorgange des preußischen revidirten Entwurfes, des sächsischen Gesetzbuches und anderer Kodifikationen in einem besonderen Abschnitte vor dem Eigenthume.

3. Das Sachenrecht zerfällt hiernach in folgende Abschnitte: I. Allgemeine Vorschriften; II. Besitz und Inhabung; III. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken; IV. Eigenthum; V. Vorkaufsrecht an Grundstücken; VI. Erbbaurecht; VII. Dienstbarkeiten; VIII. Reallasten; IX. Pfandrecht und Grundschuld.

Erſter Abſchnitt.

Allgemeine Vorſchriften.

Vorbemerkungen.

Inhalt dieſes Abſchnittes.

Unter den Sacheigenſchaften, von welchen die allgemeinen Vorſchriften ihren Ausgang nehmen, iſt diejenige der Körperlichkeit allen Sachen eigen und deshalb für den Sachbegriff entſcheidend; die übrigen ſind nur der einen oder der anderen Kategorie gemein. Von den Sätzen, welche der Entwurf aufſtellt, greifen einige auf das Gebiet der Rechte über, ſei es, daß hierzu ihr Zuſammenhang mit anderen, eine Sacheigenſchaft unmittelbar betreffenden Sätzen oder die Rückſicht auf das Syſtem der einzelnen Rechte nöthigt. Der praktiſche Zweck, welchen die allgemeinen Vorſchriften für das bürgerliche Geſetzbuch haben, iſt vornehmlich der, daß ſie die Wiederholung von Normen, welche für verſchiedene Rechte gelten, bei der Regelung derſelben entbehrlich machen. Für die Erreichung dieſes Zweckes aber genügt es, wenn hier folgende Punkte in ihrer allgemeinen Bedeutung näher beſtimmt werden: der Sachbegriff (§ 778), die Kategorieen vertretbare, verbrauchbare und unbewegliche Sachen (§§ 779—781), der Beſtandtheilsbegriff und ſeine Hauptkonſequenzen (§§ 782—786), der Begriff des einheitlichen Grundſtückes (§§ 787, 788), das Zubehörverhältniß (§§ 789—791), die Nutzungen ſowie die Laſten einer Sache und eines Rechtes (§§ 792 bis 795), die rechtsgeſchäftliche Beſchränkung der Verfügung über die dinglichen Rechte (§ 796).

Ablehnung allgem. Vorſchriften, betr.

In anderen Kodifikationen ſind die allgemeinen Vorſchriften über Sachen umfangreicher. Einige Punkte, welche der Entwurf hier übergeht, bedürfen zum Verſtändniſſe ſeiner Enthaltſamkeit einer kurzen Erörterung.

1. Sachen in und außer dem Verkehre.

1. Die römiſch-rechtliche Eintheilung der Sachen in res in commercio und res extra commercium findet ſich in den Vorſchriften des bayr. L. R. II, 1 §§ 1—5. Aus dem preuß. A. L. R. ſind folgende Sätze hervorzuheben: I, 4 § 15: „Nicht nur durch Natur oder Geſetz, ſondern auch durch rechtliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden"; I, 8 §§ 3—5: „Sachen, von deren Benutzung, ihrer Natur nach, Niemand ausgeſchloſſen werden kann, können kein Eigenthum einzelner Perſonen werden. Ein Gleiches gilt von Sachen, welche durch die Geſetze des Staates vom gemeinen Verkehr ausgenommen ſind. Daß eine Sache, die an ſich ein

Gegenstand des Eigenthums sein kann, vom gemeinen Privatverkehre ausgenommen sei, wird nicht vermuthet“[1]). Das sächs. G. B. bestimmt unter § 58: „Sachen jeder Art können Gegenstand eines Rechtes sein, soweit sie nicht dem Verkehr entzogen sind.“ Nach dem bayr. Entw. I Art. 166 sind „außer Verkehr: 1) Sachen, an welchen ihrer Natur nach ein ausschließlicher Besitz nicht stattfindet; 2) Sachen, welche gesetzlich dem Privateigenthum entzogen sind; 3) Sachen des Staates und der Gemeinden, welche dem allgemeinen Gebrauche gewidmet sind, so lange diese Bestimmung dauert. Zu diesen Sachen gehören insbesondere die öffentlichen Flüsse, Häfen, Wege, Straßen, Plätze, Märkte und Brunnen nach den hierüber bestehenden gesetzlichen Bestimmungen“[2]). Der code civil spricht in Art. 538 von Sachen, welche Privatpersonen nicht zugehören können, und rechnet hierher namentlich die öffentlichen Wege und Flüsse, die Meeresufer ꝛc., die er als Staatseigenthum bezeichnet.

Die Unterscheidung der Sachen, je nachdem dieselben in oder außer Verkehr sind, ist an sich dunkel und auch wegen ihres Zusammenhanges mit staatsrechtlichen Einrichtungen und Anschauungen der alten Römer wenig geeignet, der heutigen Gesetzgebung als Grundlage einer allgemeinen Eintheilung der Sachen zu dienen. Knüpfen Gesetze, welche neben dem bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft bleiben, rechtliche Folgen an diese Unterscheidung, so muß aus ihnen auch die Tragweite der Ausdrücke, deren sie sich dabei bedienen, erklärt werden. Das Gesetzbuch hat nicht die Aufgabe, eine hierauf bezügliche Auslegungsvorschrift zu geben.

Näher einzugehen ist auf den Standpunkt des geltenden Rechtes nur wegen der engen Beziehungen desselben zu der Frage, ob gewisse Sachen überhaupt die Fähigkeit haben, Gegenstand von Rechten zu sein. Die Gründe, aus welchen diese Frage verneint werden kann, beruhen entweder in der Natur der Dinge oder in einer Vorschrift des Gesetzes oder in einem Rechtsgeschäfte.

a) Die Natur der Dinge schließt die Begründung von Rechten an allen Sachen aus, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der thatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind[3]). Dieser Satz ist aber kein Rechtssatz, sondern nur eine nothwendige Folgerung aus Verhältnissen, welche unabhängig von der Rechtsordnung sind, eine Wahrheit, welche gilt, gleichviel ob das Gesetz sie anerkennt oder nicht. Es wäre daher wenig angemessen, wenn das bürgerliche Gesetzbuch eine entsprechende Bestimmung aufnähme.

[1]) Sachlich ebenso der preuß. rev. Entw. II § 165.

[2]) Aehnlich der hess. Entw. II, 1 Art. 26.

[3]) Nach § 1 J. de rer. div. 2, 1 kommen in Betracht: aër, aqua profluens, mare et per hoc litora maris. Bezüglich der freien Luft und des offenen Meeres besteht kein Zweifel. Die Ufer des Meeres dagegen sind von Natur nicht unfähig, Gegenstand von Privatrechten zu sein (Windscheid § 146 Nr. 2). Nach dem preuß. A. L. R. II, 14 § 21 und dem code civil Art. 538 sind sie Staatseigenthum. Die Frage, ob die aqua profluens Gegenstand von Rechten sein kann, ist als dem Wasserrecht angehörig hier nicht zu entscheiden. Die Entscheidung kann, sofern sie nicht mit dem Wasserrechte den Landesgesetzgebungen überlassen wird, nur in dem Einführungsgesetze erfolgen.

b) Die angeführten Gesetze gehen sämmtlich davon aus, daß, soweit nicht die Natur der Dinge entgegensteht, die Fähigkeit der Sachen, Gegenstand von Rechten zu sein, die Regel bildet. Diese Regel folgt aber mit Nothwendigkeit aus der Bestimmung der Sachenwelt, zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen. Aus dem Entwurfe ist sie leicht zu erkennen, da in demselben jeder einem dinglichen Rechte gewidmete Abschnitt oder Titel durch einen Satz eingeleitet wird, welcher als den zulässigen Gegenstand des Rechtes eine Sache bezw. ein Grundstück oder eine bewegliche Sache bezeichnet[1]). Eine allgemeine Vorschrift könnte diesen Sätzen gegenüber nur von theoretischer Bedeutung sein. Sie ist um so mehr entbehrlich, als das bürgerliche Gesetzbuch keine Veranlassung hat, Ausnahmen von der Regel zu bestimmen. Die Ausnahmen, welche in Frage kommen, gehören sämmtlich dem öffentlichen Rechte an.

α. Das römische Recht schied die für den Gottesdienst geweihten Sachen und die Begräbnißplätze (res sacrae et religiosae) als res divini juris aus dem Bereiche menschlicher Satzungen aus. Extra commercium waren ferner, wenn auch in einem anderen Sinne, die dem gemeinen Gebrauche gewidmeten Sachen (res publicae), namentlich die öffentlichen Flüsse und Straßen, Häfen und Plätze. Die Stellung dieser und jener Sachen in dem heutigen gemeinen Rechte ist jedoch nichts weniger als zweifellos. Im Allgemeinen scheint die Ansicht zu überwiegen, daß das Eigenthum an den res sacrae der Kirchengemeinde, an den res religiosae der Kirchengemeinde oder der politischen Gemeinde, an den res publicae dem Staate oder ebenfalls einem Gemeindeverbande zusteht[2]). Partikularrechtlich sind diese Gegenstände nicht „außer Verkehr“[3]). Sie können insoweit Gegenstand von Privatrechten sein, als nicht die in der Rechtsordnung gegründete Bestimmung der Sache hindernd entgegentritt[4]).

Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, muß die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben. Für die Reichsgesetzgebung kann es aus Anlaß der gegenwärtigen Kodifikation nur darauf ankommen, die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches zu begrenzen. Diese Aufgabe aber ist nicht in dem Gesetzbuche selbst, sondern in dem Einführungsgesetze zu lösen.

β. Eine andere Kategorie von Sachen, auf welche hier noch einzugehen ist, sind diejenigen, welche als „verbotene“ bezeichnet zu werden pflegen. Das Gesetz kann aus Gründen des öffentlichen Wohles den Besitz gewisser Sachen Jedem untersagen und damit dieselben der Fähigkeit, Gegenstand von Rechten zu sein, entkleiden. Das bürgerliche Gesetzbuch indessen ist nicht der Ort für derartige Verbote polizeilicher Natur. Ob dagegen diejenigen Reichsgesetze

[1]) Vergl. §§ 848, 952, 961, 966, 980, 1044, 1051, 1062, 1135, 1145.

[2]) Windscheid § 146 Ziff. 4, § 147.

[3]) Preuß. A. L. R. II, 11 §§ 170, 179 ff., II, 14 § 21, II, 15 §§ 2 ff., code civil Art. 538, Roth, bayr. Civ. R. § 116 Ziff. 2.

[4]) Koch, preuß. A. L. R. I, 8 § 3 Note 3 (8. Aufl.).

hierher gehören, welche sich gegen die Herstellung, den Besitz oder den Vertrieb gemeingefährlicher Gegenstände richten und die Einziehung oder die Vernichtung derselben anordnen[1]), kann auf sich beruhen, da ihnen eine selbständige Wirksamkeit neben dem bürgerlichen Gesetzbuche zukommt. Mit den betreffenden Landesgesetzen aber hat, soweit nöthig, das Einführungsgesetz sich abzufinden.

c) Durch Rechtsgeschäft kann einer Sache vom Standpunkte des Entwurfes die Fähigkeit, Gegenstand von Rechten zu sein, nicht genommen werden. Denn die sachenrechtlichen Geschäfte empfangen ihren Inhalt im Allgemeinen nicht durch die Willkür der Betheiligten, sondern durch die Vorschriften des Gesetzes. Für eine Vorschrift aber, welche ein Rechtsgeschäft des in Rede stehenden Inhaltes zuließe, fehlt es an einem zureichenden Grunde. Die verwandte Frage, ob das Recht zur Verfügung über das Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache durch Privatwillkür ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, findet ihre grundsätzliche Lösung in dem § 796.

2. Sachgesammtheiten.

2. Die Unterscheidung zwischen Sache und Sachgesammtheit hängt zusammen mit der in der älteren Theorie des gemeinen Rechtes allgemein üblichen Eintheilung der Sachen in res singulae und universitates rerum. Der Begriff der res singula, und zwar sowohl der unita als auch der composita, deckt sich mit dem Sachbegriffe des Entwurfes. Was dagegen die universitas anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen u. facti und u. juris.

a) Unter universitas facti versteht man eine Mehrheit einzelner Sachen, welche im Verkehre mit einem besonderen Namen bezeichnet zu werden pflegt, z. B. eine Heerde, einen Bienenschwarm, eine Bibliothek, ein Waarenlager. Ein solcher Inbegriff soll eine von den ihn bildenden Sachen verschiedene Sache ausmachen, eine Gesammtsache, an welcher Rechte begründet werden können. Auf dieser Vorstellung beruhen die Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 2 §§ 32, 36—39, des bayr. L. R. II, 5 § 6 Ziff. 4, des bayr. Entw. I Art. 155 und des sächs. G. B. § 63 S. 2. In der Theorie des gemeinen Rechtes überwiegt jetzt die Ansicht, daß eine Sachgesammtheit nicht Gegenstand von Rechten sein könne[2]).

Vom Standpunkte des Entwurfes ist der Sachbegriff nur auf körperliche Gegenstände anwendbar, hiermit aber die Ansicht, welche in der Sachgesammtheit ein ideelles Objekt (res incorporalis) sieht, nicht vereinbar. Wenn daher Jemand als Eigenthümer eines Inbegriffes von Sachen bezeichnet wird, so kann dies juristisch nichts anderes heißen, als daß er der Eigenthümer aller einzelnen Sachen ist, welche den Inbegriff bilden. Er muß, wenn er das Eigenthum geltend macht, die Erwerbung desselben an jeder einzelnen Sache, welche zu dem Inbegriffe gehören soll, nachweisen, weil nur auf diesem Wege der Gegenstand seines Rechtes sich feststellen läßt. Die Regelung der dinglichen

---

[1]) Vergl. u. a. folgende Gesetze: St. G. B. § 367 Ziff. 3, Gew. O. § 34 Abs. 3, § 56 Ziff. 9, Ges., Maßregeln gegen die Rinderpest betr., v. 7. April 1869, Ges., betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln ꝛc., v. 14. Mai 1879, Ges. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. Juni 1884.

[2]) Literaturübersicht bei Windscheid § 137 Noten 4, 5.

Rechte in dem Entwurfe wird ergeben, daß man ein ſolches Recht immer nur an einer einzelnen Sache erwerben kann und daß, wenn von dem Nießbrauche an einem Inbegriffe geſprochen wird, doch jede Sache, welche derſelbe umfaßt, für ſich Gegenſtand des Nießbrauches iſt. Der Entwurf verhält ſich hiernach ablehnend gegen die Vorſtellung, daß eine Sachgeſammtheit Gegenſtand von Rechten ſein könne. Er tritt damit freilich in einen formellen Widerſpruch mit den angeführten Kodifikationen. Allein dies kann ihm nicht zum Vorwurfe gereichen, weil die Auffaſſung der Sachgeſammtheit in dem geltenden Rechte, ohne zur Befriedigung eines praktiſchen Bedürfniſſes zu dienen, lediglich auf das Anſehen des römiſchen Rechtes ſich ſtützt, die bezüglichen Ausſprüche des letzteren aber in dem Sinne, in welchem ſie den Kodifikationen zu Grunde gelegt ſind, dem Sachbegriffe nicht gerecht werden.

Daß der Standpunkt des Entwurfes aus den Vorſchriften desſelben über die dinglichen Rechte[1]) nicht klar erkannt werden ſollte, iſt um ſo weniger zu beſorgen, als der § 778 ausdrücklich ſagt, was unter „Sache“ zu verſtehen iſt. Eine gegen die Behandlung der Sachgeſammtheit als Gegenſtand von Rechten ſich richtende Vorſchrift iſt daher entbehrlich.

Es können freilich Auslegungsſchwierigkeiten entſtehen, wenn das Geſetz oder ein Rechtsgeſchäft mehrere Sachen mit einem gemeinſchaftlichen Namen bezeichnet. Allein dieſen Schwierigkeiten läßt ſich durch eine geſetzliche Regel nicht vorbeugen. Vielmehr muß die Frage, welche Sachen im einzelnen Falle gemeint ſind, der konkreten Beurtheilung desſelben überlaſſen bleiben. Die im preuß. A. L. R. I, 2 §§ 10 ff. und in anderen Kodifikationen[2]) enthaltenen Anweiſungen, wie gewiſſe Ausdrücke, welche zur Bezeichnung von Sachgeſammtheiten vorkommen, ausgelegt werden ſollen, ſind für die Reichsgeſetzgebung nicht nachahmungswerth, da der Sprachgebrauch infolge der verſchiedenen Dialekte und Lebensgewohnheiten hinſichtlich ſolcher Ausdrücke in Deutſchland örtlich verſchieden, auch zeitlich wandelbar iſt.

b) Als universitas juris galt in der älteren Theorie des gemeinen Rechtes ein Inbegriff von Sachen und Rechten; d. h. man behandelte gewiſſe Geſammtheiten der Art als rechtliche Einheiten und unterſtellte dieſelben gemeinſamen Grundſätzen. Darüber, daß die hereditas eine universitas juris ſei, beſtand Einverſtändniß. Streitig hingegen war dies in Anſehung anderer Inbegriffe, namentlich der dos und des peculium. Nach dem preuß. A. L. R. I, 2 §§ 33—35 kommen in Betracht: das ganze Vermögen einer Perſon und die Erbſchaft. Unter den für die universitas juris aufgeſtellten Grundſätzen ſind hervorzuheben: 1. der Satz res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei oder, allgemeiner gefaßt, surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur; 2. der Satz, daß die Herausgabe der in fremder Hand befindlichen universitas juris mit einer dinglichen Univerſalklage gefordert werden könne. Der erſte Satz indeſſen iſt keine allgemeine Rechtswahrheit; das Geſetz kann ihn nur für einzelne Rechtsverhältniſſe aus praktiſchen Rückſichten ver-

[1]) Vergl. die in der Anm. [1]) auf S. 27 angeführten Paragraphen.

[2]) Code civil Art. 533—536, heſſ. Entw. II Art. 22—25, bayr. Entw. I Art. 156—162.

werthen[1]). In Ansehung des zweiten genügt es hier, auf die Regelung des Eigenthumsanspruches und des Erbschaftsanspruches zu verweisen[2]). Was dagegen das Vermögen selbst betrifft, so ist der Begriff desselben als bekannt voraussetzen, eine Definition daher entbehrlich. Von den besonderen Rechtsverhältnissen des Vermögens der Ehegatten, der in elterlicher Gewalt befindlichen Kinder und der unter Vormundschaft stehenden Personen wird im Familienrechte gehandelt, und die Grundsätze, welchen die Erbschaft als Inbegriff zu unterstellen ist, können zweckmäßig nur im Erbrechte bestimmt werden. Zu einer Vorschrift an dieser Stelle liegt keine Veranlassung vor.

3. Werth. 3. Die wirthschaftliche Bedeutung einer Sache beruht in dem Werthe derselben. Das Gesetz muß bei zahlreichen Verhältnissen mit dem Werthbegriffe rechnen. In dem preuß. A. L. R. I, 2 werden deshalb allgemeine Normen über den Werth aufgestellt. Zunächst wird der Werthbegriff als solcher bestimmt (§ 111). Sodann folgen Definitionen des gemeinen, des außerordentlichen und des Werthes der besonderen Vorliebe (§§ 112—115). Hieran reihen sich Vorschriften, nach welchen die Ermittelung des Werthes in der Regel durch die Abschätzung vereideter Sachverständigen erfolgen, jedoch nur auf den gemeinen Werth sich erstrecken soll (§§ 116—118). „Sachen, deren Werth durch kein Verhältniß mit anderen im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbar" (§ 119). Das sächs. G. B. unterscheidet zwischen ordentlichem und außerordentlichem Werthe und definirt in § 78 diese Begriffe.

Der Begriff des Werthes ist an sich als ein wirthschaftlicher Begriff für das Privatrecht gegeben und im Allgemeinen auch nicht zweifelhaft. Nur für diejenigen Fälle, in welchen die Ersatzpflicht auf einen höheren als den gemeinen Werth erstreckt wird, bedarf es einer gesetzlichen Definition des ersteren. Diesem Bedürfnisse aber wird dadurch genügt, daß in dem § 220 der außerordentliche Werth im Gegensatze zu dem gemeinen Verkehrswerthe bestimmt wird. Was unter Schätzungswerth in den §§ 202 und 480 zu verstehen ist, ergiebt sich aus dem Inhalte derselben. Die Frage, wie der Werth eines Gegenstandes zu ermitteln ist, wird von dem Entwurfe da, wo ein Bedürfniß dafür besteht, z. B. in den §§ 658 (Abs. 5), 992, 1019, besonders entschieden. Im Uebrigen gehört sie dem Prozeßrechte an. Eine Kennzeichnung der als unschätzbar anzusehenden Sachen endlich ist entbehrlich. Eine allgemeine Vorschrift über den Werth ist somit an dieser Stelle nicht aufzunehmen.

4. Verwendungen. 4. Einige Kodifikationen dehnen die allgemeinen Vorschriften über Sachen auch auf die Verwendungen aus. In dem sächs. G. B. § 77 heißt es: „Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Ausgaben begriffen. Die Verwendungen sind nothwendige, wenn sie den Untergang oder die Verschlechterung oder den Verlust der Sache abwenden, und nützliche, wenn sie die Sache in Ansehung der davon zu ziehenden Früchte oder des Gebrauches verbessern. Andere Verwendungen sind willkürliche, gleichviel ob dadurch der Werth der Sache erhöht

[1]) Vergl. §§ 341, 460, 895, 913, 1000, 1002, 1034, 1219 u. a.

[2]) Siehe die §§ 929—945 und §§ 2080—2091.

wird oder nicht." Der bayr. Entw. unterscheidet in Art. 170 nothwendige, nützliche und verschönernde Verwendungen, regelt in Art. 171 das Recht der Wegnahme und enthält unter Art. 172 den Satz: „Wer die aus einer Sache gezogenen Früchte an einen Anderen herauszugeben hat, kann von denselben, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen, den auf die Gewinnung und Aufbewahrung der Früchte gemachten Aufwand in Abzug bringen."

Die Aufnahme derartiger allgemeiner Sätze in das bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch nicht rathsam. Der Begriff der Verwendungen ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig, und es ist nicht zu besorgen, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriffe operiren[1]). Wo der Entwurf die nothwendigen von den nützlichen Verwendungen oder beide Kategorieen von einer dritten unterscheidet[2]), wird aus den bezüglichen Bestimmungen mit Hülfe der Rechtswissenschaft auch die Bedeutung und Tragweite dieser Unterscheidung ohne Schwierigkeiten sich ergeben. Die Aufstellung allgemein maßgebender Normen würde, da dieselben immer mehr oder weniger doktrinär ausfallen müßten, die Rechtsanwendung nur erschweren, jedenfalls die richtige Würdigung der einzelnen Fälle nicht erleichtern. Aus diesem Grunde bleibt auch die Bestimmung der rechtlichen Folgen, welche der bayr. Entw. in den Art. 171 und 172 an die Thatsache der Verwendung knüpft, besser der Regelung der betreffenden Rechtsinstitute vorbehalten.

5. Das geltende Recht überträgt die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche auch auf das Vermögen. Damit hat es eine doppelte Bewandtniß: 5. Bewegliches und unbewegliches Vermögen

a) Die Civilprozeßordnung unterscheidet in ihren Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen[3]), indem sie die Regelung der Zwangsvollstreckung in das letztere den Landesgesetzen überläßt. „Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören" (§ 757 Abs. 2). Die hiernach in der C. P. O. vorhandene Lücke muß, wie in den Motiven des dritten Abschnittes dargelegt werden wird, jetzt ausgefüllt werden. Der Entwurf geht davon aus, daß gleichzeitig mit dem bürgerlichen Gesetzbuche ein Reichsgesetz erlassen werden wird, welches die Zwangsvollstreckung im Grundstücke vollständig regelt[4]). In diesem Gesetze muß auch die den Bundesstaaten zustehende Befugniß, in Ansehung der Zwangsvollstreckung den Grundstücken andere Gegenstände gleichzustellen, soweit die Gleichstellung nicht schon durch das bürgerliche Gesetzbuch ausgeschlossen wird, ihre Erledigung finden. Die Rücksicht auf die C. P. O. erheischt somit nicht, daß in dem Gesetzbuche zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden werde.

---

[1]) Vergl. §§ 233, 244, 427, 464, 479, 480, 496, 514, 553, 718, 740, 741, 936—941, 957, 1010, 1149, 1296, 1321, 1339, 1365, 1697.

[2]) Z. B. §§ 464, 496, 514, 553, 1159.

[3]) Auch die Konk. O. § 39 spricht von unbeweglichem Vermögen.

[4]) Siehe die Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschn. des Entw.

b) Für das materielle Recht ist diese Unterscheidung insofern von Bedeutung, als in Gesetzen und Rechtsgeschäften nicht selten über das bewegliche und das unbewegliche Vermögen verschieden verfügt wird. Das geltende Recht enthält deshalb mehr oder weniger allgemeine Vorschriften darüber, welche Gegenstände zu der einen oder der anderen Kategorie zu rechnen sind[1]). Der Entwurf redet von beweglichem Vermögen nur in den §§ 1431—1434 und §§ 1991, 2015, 2162, von unbeweglichem Vermögen nur in dem § 1432. Der Sinn, in welchem diese Ausdrücke gebraucht sind, ergiebt sich daraus, daß in dem § 1432 die Gegenstände aufgeführt werden, welche zum unbeweglichen Vermögen gehören. Für das Verständniß des Entwurfes selbst ist demnach eine Auslegungsregel an dieser Stelle entbehrlich. Was dagegen die neben dem bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft bleibenden Gesetze anlangt, welche von beweglichem oder von unbeweglichem Vermögen sprechen, so sind sie auch in Ansehung der Tragweite dieser Ausdrücke aus sich selbst zu erklären. Künftige Gesetze aber haben für die Klarstellung ihrer Sprechweise zu sorgen. Aehnliche Erwägungen stehen der Aufstellung einer Auslegungsregel auch für Rechtsgeschäfte entgegen. Hier würde eine solche Regel gegenüber der Verschiedenheit des Sprachgebrauches in Deutschland ganz besonders willkürlich ausfallen und die für die Ermittelung des Willens erforderliche Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles sogar erschweren.

Die in dem Gesetzbuche zu regelnden Punkte.

1. Begriff der Sache.

§ 778.

Die Entwickelung des römischen Sachenrechtes beruht auf dem natürlichen Begriffe der Sache als eines körperlichen Dinges. Aus der quellenmäßigen Eintheilung der Dinge in res corporales und res incorporales[2]) kann nur gefolgert werden, daß es der Rechtsordnung unbenommen bleibt, gewisse nur in der Vorstellung bestehende Dinge (res, quae in jure consistunt) in allen oder in einzelnen Beziehungen wie körperliche zu behandeln[3]). Im älteren deutschen Rechte führte die Ausbildung der Gewere zur rechtlichen Gleichstellung der nutzbaren Rechte mit den (körperlichen) Sachen[4]). Die Bestimmungen des preuß. A. L. R. I, 2 §§ 1—3 lauten: „§ 1. Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann. § 2. Auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechtes ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen. § 3. Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren

---

[1]) Windscheid § 139 Note 5, preuß. A. L. R. I, 2 §§ 7—10, franz. G. B. Art. 526, sächs. G. B. § 60, bayr. Entw. Art. 147.

[2]) Pr. §§ 1, 2 Inst. de rebus incorp. (II, 2).

[3]) Windscheid § 137.

[4]) Heusler, Gewere §§ 8 u. 21.

es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann." Auch der code civil und das österr. G. B. kennen einen weiteren und einen engeren Sachbegriff. Dagegen liegt dem bayr. L. R. die Auffassung des röm. Rechtes zu Grunde. In dem bayr. Entw., dem sächs. G. B. und dem hess. Entw. wird das Wort „Sache", von der Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen abgesehen, nur in dem eigentlichen (engeren) Sinne gebraucht[1]).

Der vorliegende Entwurf läßt, wie bereits früher dargelegt wurde[2]), dingliche Rechte nur an Sachen in diesem Sinne zu. Seine Bestimmungen ergeben, daß unter Sache stets ein körperlicher Gegenstand verstanden wird und daß da, wo eine Norm sowohl auf Sachen als auch auf Rechte sich beziehen soll, der Ausdruck „Gegenstand" gewählt ist. Eine hiermit übereinstimmende Wortdefinition an dieser Stelle hat den Nutzen, daß sie einer doppelsinnigen Auslegung des Wortes „Sache" vorbeugt, ohne daß es nöthig wäre, jedesmal das Eigenschaftswort „körperlich" hinzuzufügen[3]). Die negative Bedeutung des § 778, daß Rechte keine Sachen sind, schließt die Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften auf Rechte aus. Daß das Gesetz von dieser Regel abweichen kann, versteht sich von selbst, braucht mithin hier nicht hervorgehoben zu werden.

2. Vertretbare Sachen.

§ 779.

Die Sachen kommen im Verkehre entweder nach ihrer Individualität oder nur nach ihrer Gattung in Betracht. In dem letzteren Falle sprechen die römischen Quellen von Sachen, quae pondere, numero, mensura constant[4]). Die neuere Wissenschaft hat hierfür die Ausdrücke „fungibele Sachen", „vertretbare Sachen"[5]). Der letztere Ausdruck findet sich auch in einigen Reichsgesetzen, namentlich in dem H. G. B. Art. 301, 338 und der C. P. O. §§ 555, 628, 770, während in dem Tarife zu dem Gesetze, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, v. 1. Juli 1881 von Schlußnoten ꝛc. über „Mengen von solchen Sachen oder Waaren" geredet wird, „die nach Gewicht, Maß oder Zahl gehandelt zu werden pflegen". Der Entwurf bedient sich des Ausdruckes „vertretbare Sachen" an verschiedenen Stellen[6]). Es erscheint deshalb rathsam, nach dem Vorgange des sächs. G. B. § 61 und der Entwürfe für Bayern I Art. 165 und Hessen II, 1 Art. 11 eine allgemeine Vorschrift darüber aufzunehmen, was unter diesem Ausdrucke zu verstehen ist. Die Definition, welche der § 779 giebt, steht inhaltlich auf dem Boden des geltenden Rechtes.

---

[1]) Vergl. code civil Art. 516 ff., 526, 529 ff., 711 ff., österr. G. B. §§ 285, 311, bayr. L. R. II, 1 §§ 9, 10, Mot. zu dem sächs. G. B. § 58, zu dem bayr. Entw. I (von den Sachen) S. 1, zu dem hess. Entw. II S. 2.

[2]) Oben S. 2.

[3]) So die C. P. O. §§ 712, 745, 746, 810 Abs. 3.

[4]) L. 1 § 2 D. de O. et A. (44, 7); l. 2 § 1 D. de reb. cred. (12, 1).

[5]) Windscheid § 141.

[6]) Siehe §§ 453, 454, 618, 631.

3. Verbrauchbare Sachen.

§ 780.

Die Verbrauchbarkeit einer Sache ist wichtig für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche den Inhalt haben, daß die Befugniß, die Sache zu nutzen, einem Anderen als dem Eigenthümer zusteht, also namentlich für die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes, wenn mit demselben bewegliche Sachen dem Pächter zur Wirthschaftsführung überlassen werden, für den Nießbrauch und die familienrechtliche Nutznießung. Soweit es sich hierbei um Sachen handelt, deren übliche Nutzung mit dem Verbrauche derselben zusammenfällt, kann das Gesetz an der sonst für diese Verhältnisse geltenden Regel, daß die Sache in Natur zurückzugeben ist, nicht festhalten; es muß, um dem Zwecke des Verhältnisses gerecht zu werden, an die Stelle der Rückgabepflicht eine Ersatzverbindlichkeit treten lassen. Der Entwurf regelt diese Verbindlichkeit für die Pacht in dem § 546, für den Nießbrauch in den §§ 1018—1020, 1029, 1030, 1038, 1043, für die familienrechtliche Nutznießung in den §§ 1294, 1523. Die wegen der praktischen Wichtigkeit dieser Bestimmungen erforderliche Definition des Begriffes „Verbrauchbarkeit" dagegen gehört nach dem Systeme des Entwurfes hierher.

a) Begriff der Verbrauchbarkeit.

a) In dem preuß. A. L. R. I, 2 § 120 werden „Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können", verbrauchbar genannt. Und nach dem bayr. Entw. I Art. 164 sind „verbrauchbar jene beweglichen Sachen, welche ohne Vernichtung, Umwandelung oder wesentliche Veränderung ihrer Substanz oder ohne ihre Entäußerung nicht ihrer Bestimmung gemäß gebraucht oder verwendet werden können"[1]). Das objektive Merkmal der Verbrauchbarkeit liegt somit in der Art und Weise, wie nach der bestehenden Sitte und Uebung mit der Sache bei deren Verwendung für das menschliche Bedürfniß verfahren wird. Daß für die übliche Verwendung die Natur und Beschaffenheit der Sache bestimmend ist, versteht sich von selbst, braucht aber eben deswegen neben jenem Merkmale nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Mit der Vertretbarkeit deckt die Verbrauchbarkeit sich nicht[2]). Zwar ist eine Sache, welche verbrauchbar ist, regelmäßig auch vertretbar. Aber es giebt vertretbare Sachen, welche nicht verbrauchbar sind, z. B. Bücher[3]).

Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist ein engerer und ein weiterer.

α. Im engeren Sinne.

α. Verbrauchbarkeit im engeren Sinne ist vorhanden, wenn gerade die Zerstörung der Sache (durch Verzehren, Verbrennen ꝛc.) den für menschliche Zwecke aus der Sache zu ziehenden Nutzen zu liefern pflegt. Das röm. Recht bezeichnet die hierher gehörigen Sachen als res, quae usu consumuntur, tollluntur, und unterscheidet von denselben diejenigen, quae usu minuuntur[4]),

---

[1]) Vergl. auch den hess. Entw. II, 1 Art. 10 und das österr. G. B. § 301.

[2]) Nicht scharf auseinandergehalten sind beide Begriffe in dem preuß. A. L. R. I, 2 § 121, I, 14 §§ 83—88, I, 21 § 173, dem code civil Art. 1874 und dem österr. G. B. §§ 973, 981.

[3]) Windscheid § 141 a. E.

[4]) Windscheid § 140 Noten 1 u. 2.

welche durch Benutzung verbraucht werden, bei welchen die Zerstörung eine allmählich eintretende unerwünschte Nebenfolge, aber nicht die Voraussetzung der Benutzung ist. Die Unterscheidung beider Kategorieen von einander ergiebt sich von selbst, wenn das Gesetz sagt, was unter verbrauchbaren Sachen zu verstehen ist. Eine Legaldefinition der Abnutzbarkeit, wie sie der bayr. Entw. in dem Art. 164 Satz 2 enthält, ist daher entbehrlich.

β. Im weiteren Sinne.

β. Verbrauchbar im weiteren Sinne sind auch diejenigen Sachen, welche durch Veräußerung genutzt zu werden pflegen. Die röm. Quellen rechnen hierher nur das Geld[1]) und vermeiden auf diese Weise die Erweiterung des Begriffes der Verbrauchbarkeit zu einer juristischen Verbrauchbarkeit. Allein einer solchen Einschränkung des Gebietes der verbrauchbaren Sachen steht schon das Bedenken entgegen, daß dem Gelde in der fraglichen Beziehung solche Sachen jedenfalls gleichzustellen sind, welche zwar nicht zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, aber doch thatsächlich die Funktion des Geldes zu versehen pflegen, wie Banknoten und vielleicht auch noch andere Arten von Inhaberpapieren. Es fehlt überdies, wenn einmal der Begriff der Verbrauchbarkeit auf das Geld übertragen wird, an einem inneren Grunde, der es rechtfertigte, die Uebertragung auf andere gewöhnlich ebenfalls erst durch Veräußerung nutzbar werdende Sachen auszuschließen. Der Entwurf unterstellt deshalb in § 780 Abs. 1 alle in diese Kategorie fallenden Sachen dem nämlichen Prinzipe. Er folgt hierin den oben mitgetheilten Bestimmungen des preuß. A. L. R. und des bayr. Entw., mit welchen das sächs. G. B. § 623 in Ansehung des Nießbrauches übereinstimmt.

b) Verbrauchbarkeit bei gewissen Sachinbegriffen.

b) Sachen, welche an sich nicht verbrauchbar sind, nehmen nach dem Abs. 2 des § 780 die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit dadurch an, daß sie zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht. Die Verbrauchbarkeit in diesem Sinne hat zwar insofern einen subjektiven Ursprung, als sie eine Handlung des bisherigen Eigenthümers zur Voraussetzung hat; bei einem Waarenlager z. B. liegt dieselbe in der Bildung bezw. der Ergänzung des Lagers. Allein andererseits fällt in's Gewicht, daß die Bestimmung der Sachen zur Veräußerung, obschon erst durch den Willen des Eigenthümers herbeigeführt, doch in dem diese Bestimmung kennzeichnenden Sachinbegriffe objektiv verwirklicht und regelmäßig im Allgemeinen erkennbar gemacht ist, mithin ein genügendes objektives Merkmal bildet, um die Anwendung der für verbrauchbare Sachen geltenden Rechtsnormen auch auf die einem solchen Inbegriffe angehörenden Sachen zu rechtfertigen.

Unter den Sachinbegriffen ist das Waarenlager von besonders praktischer Bedeutung. Die Beschränkung der Vorschrift auf diese Kategorie jedoch, welche dem bayr. Entw. III Art. 257 entsprechen würde, ist schon durch die Rücksicht auf das Pachtverhältniß ausgeschlossen; sie erscheint aber auch abgesehen hiervon nicht als angemessen, weil, wenn die Voraussetzung des Abs. 2 bei einem Inbegriffe zutrifft, es nicht darauf ankommen kann, zu welcher Kategorie derselbe gehört. Ein Bedürfniß, mit dem sächs. G. B. § 623 das Waarenlager

[1]) l. 32 D. de min. 4, 1; l. 13 D. de reb. cred. 12, 1.

als Beispiel hervorzuheben, ist ebenfalls nicht anzuerkennen, da die Eigenschaft eines Waarenlagers als Sachinbegriff einem ernstlichen Zweifel nicht Raum giebt.

Bei der Definition der verbrauchbaren Sachen die besonderen Umstände des Falles noch mehr, als in dem Entwurfe geschieht, zu berücksichtigen, wäre bedenklich, da alsdann die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit ihre nothwendige objektive Grundlage gänzlich verlieren und lediglich von dem Willen und der Anschauung der Betheiligten abhängen würde.

4. Unbewegliche Sachen.

§ 781.

I. Grundstücke.

I. Die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche ist von Natur gegeben. Unbeweglich sind nur die Grundstücke. Alle übrigen Sachen sind beweglich. Diesem natürlichen Standpunkte, an welchem das römische Recht festgehalten hat[1]), entsprechen die Vorschriften des sächs. G. B. § 59 Satz 1 und des bayr. Entw. I Art. 143. Andere Kodifikationen drücken sich weniger konkret aus. So sagt das preuß. A. L. R. I, 2 § 6: „Je nachdem eine Sache ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur anderen gebracht werden kann oder nicht, wird sie für beweglich oder unbeweglich angesehen." In dem code civil Art. 517 ff. werden auch Gegenstände, welche Bestandtheil oder Zubehör eines Grundstückes sind, zu den unbeweglichen Sachen gerechnet.

Der Entwurf kann auf einen den Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen klarstellenden Ausspruch schon um deswillen nicht wohl verzichten, weil verschiedene Vorschriften des Allgemeinen Theiles, des Rechtes der Schuldverhältnisse und des Familienrechtes nur für die eine oder die andere Kategorie von Sachen gegeben sind, ganz abgesehen davon, daß die sachenrechtlichen Normen, mit nur wenigen Ausnahmen, diesen Gegensatz zur Voraussetzung haben. Zur Abgrenzung der beiden Gebiete genügt jedoch die einfache Norm, welche der § 781 in seinem ersten Absatze aufstellt. Eine Definition, wie sie das preuß. A. L. R. giebt, erscheint nicht rathsam, weil sie durch ihren doktrinären Inhalt allerlei Mißverständnissen ausgesetzt ist. Der Standpunkt des franz. Rechtes aber ist mit der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung des Sachbegriffes bezw. des Bestandtheil- und des Zubehörbegriffes nicht vereinbar.

II. Behandlung gewisser Berechtigungen wie Grundstücke.

II. Rechte sind nach § 778 keine Sachen. Indessen hat die geschichtliche Entwickelung in großen Gebieten des Reiches dahin geführt, daß gewisse selbständige Berechtigungen nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften behandelt werden. Für Preußen bestimmte schon die Allg. Hypoth. O. v. 20. Dezember 1783 Tit. I § 14, daß auch Gerechtigkeiten, welche nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eigenen bestimmten Werth haben, auch ohne den Besitz eines Grundstückes ausgeübt, folglich für

[1]) Windscheid § 139.

ſich allein veräußert und verpfändet werden können, unter beſonderen Nummern in das Hypothekenbuch eingetragen werden ſollen. Das A. L. R. I, 20 § 395 beließ es hierbei, und das Geſetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 ſchreibt unter § 69 vor: „Wenn für ſelbſtändige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter eingerichtet ſind, ſo wird die Veräußerung und der Erwerb des Eigenthumes an ihnen, ihre Belaſtung und Verpfändung nach den Vorſchriften dieſes Geſetzes beurtheilt“ [1]). Die Grundb. O. v. 5. Mai 1872 hat unter § 3 den Satz: „Die für Grundſtücke gegebenen Vorſchriften dieſes Geſetzes gelten auch für Bergwerke und Gerechtigkeiten, ſofern nicht ein anderes ausdrücklich beſtimmt iſt.“ Nach dem bayr. Hypoth. G. vom 1. Juni 1822 § 3 ſind fruchtbringende dingliche Rechte buchungsfähig, ſofern ſie geſetzlich den Immobilien gleichgeſtellt und ſelbſtändig ſind, auch nicht mit dem Tode des Berechtigten erlöſchen. In Sachſen konnten nach dem Geſetze, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenweſen betreffend, v. 6. November 1843 § 14 und der Ausführungsverordnung v. 15. Februar 1844 § 4 außerdem gewiſſe Gewerbeberechtigungen, wie Barbiergerechtigkeiten, Fleiſchbänke, Apothekergerechtigkeiten, ein Folium in dem Grund- und Hypothekenbuche erhalten [2]). In dem ſächſ. G. B. § 59 werden „Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, und Schiffmühlen“ den Grundſtücken gleichgeſtellt [3]). Die Beſtimmung darüber, ob ein Folium für eine Berechtigung angelegt werden ſoll, ſteht nach der Verordnung vom 9. Januar 1865 § 108 dem Juſtizminiſterium zu. In denjenigen Gebieten, in welchen die Hypothekenbücher nicht nach Realfolien geführt werden, haben gewiſſe Rechte kraft des Geſetzes Immobiliarkarakter, ſo namentlich in den Geltungsgebieten des franz. G. B. der Nießbrauch [4]) und die Emphyteuſis [5]), in Baden außerdem die Zehnten, Gilten und Zinſe [6]), in Württemberg die Lehenrechte und das Recht auf nutzbare Reallaſten [7]), in Heſſen vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte, insbeſondere die Emphyteuſis- und die Superfizies [8]).

Von allen Berechtigungen, welche hier in Frage kommen, iſt die praktiſch wichtigſte die Bergbauberechtigung. Die beſtehenden Berggeſetze unterwerfen ſie hinſichtlich der Veräußerung und Belaſtung, des Arreſtes, des Konkurſes,

---

[1]) Ebenſo für Braunſchweig Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 § 71 Abſ. 1.

[2]) Aehnlich die Geſetze, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenweſen betr., für Altenburg v. 13. Oktober 1852, Sondershauſen v. 20. Juli 1857, Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 § 11, Reuß ä. L. v. 27. Febr. 1873 § 14. Auch in Weimar kann nach der Ausführungsverord. v. 12. März 1841 §§ 41, 42 für gewiſſe Realberechtigungen ein Folium im Hypothekenbuche angelegt werden.

[3]) Die Konſequenzen für die Veräußerung und Verpfändung ſelbſtändiger Berechtigungen zieht das ſächſ. G. B. in den §§ 280, 495.

[4]) Code civil Art. 526.

[5]) Zachariä, franz. Civ. R. § 258 Note 4.

[6]) Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher v. April 1868 § 80.

[7]) Römer, das württemb. Unterpfandsrecht § 22 S. 112.

[8]) Müller, das heſſ. Pfandrecht § 33.

der Subhastation ꝛc. den für die Grundstücke geltenden Vorschriften[1]). Das verliehene Bergwerk, d. h. die Berechtigung zum Betriebe des Bergbaues, welche durch staatliche Verleihung begründet wird, erhält da, wo Grundbücher geführt werden, ein eigenes Blatt in dem Grundbuche des Bezirkes oder in einem besonderen Buche[2]). Dasselbe gilt in denjenigen Gebieten, in welchen das Recht zum Abbau fossiler Kohlen von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers nicht ausgeschlossen ist, auch in Ansehung dieses Abbaurechtes, sofern dasselbe von dem Grundeigenthume getrennt und hierdurch zu einer selbständigen Berechtigung erhoben wird[3]).

Die Frage, ob die selbständigen Gerechtigkeiten dem Immobilienrechte zu unterwerfen sind, fällt für eine Gesetzgebung, welche auf dem Grundbuchsysteme beruht, mit der Frage zusammen, ob es zweckmäßig ist, solche Berechtigungen gleichwie die Grundstücke zu buchen. Von den begrenzten Rechten an einem Grundstücke, welche das Sachenrecht des Entwurfes regelt, erhält nur das Erbbaurecht nach § 962 Abs. 2 ein eigenes Grundbuchblatt. Das Vorkaufsrecht, die Dienstbarkeiten, die Reallasten, die Hypothek und die Grundschuld werden lediglich auf dem Blatte des belasteten Grundstückes eingetragen. Da hier auch die Verfügungen über das eingetragene Recht, bezw. die Veränderungen, welche dasselbe erfährt, zur Eintragung gelangen, so ist dem praktischen Bedürfnisse genügt, die Anlegung eines besonderen Blattes für das Recht daher nicht in Aussicht genommen.

Der Entwurf hat aber auch solche bisher buchungsfähige Berechtigungen zu berücksichtigen, für deren Regelung die Landesgesetzgebung in den ihr durch das Einführungsgesetz zu ziehenden Schranken zuständig bleibt. Es sind dies Rechte, welche mit den Grundstücken die Eigenschaften der Selbständigkeit, der Dauer, der Vererblichkeit und der Veräußerlichkeit gemein haben. Die Gewerbeberechtigungen, welche ältere Gesetze hierher rechnen, haben infolge der Gewerbe-

---

[1]) Berggef. für Preußen v. 24. Juni 1865 §§ 52, 53, Bayern v. 20. März 1869 Art. 41 (dazu Roth, bayr. Civ. R. § 260 III), Württemberg v. 7. Oktober 1874 Art. 42, 43, Hessen v. 28. Januar 1876 Art. 41, 42, Elsaß-Lothringen v. 16. Dezember 1873 §§ 42, 43, Braunschweig v. 15. April 1867 §§ 54, 55, Anhalt v. 30. April 1875 §§ 52, 53 ꝛc.

[2]) Vergl. für Preußen Grundb. O. v. 5. Mai 1872 §§ 3, 9, 17, Sachsen Verordn. v. 9. Januar 1865 § 108 und Berggef. v. 16. Juni 1868 § 48, Braunschweig Berggef. v. 15. April 1867 § 55 und Grundb. O. v. 8. März 1878 § 29, Hessen Berggef. v. 28. Januar 1876 Art. 210, 211, Gotha Berggef. v. 16. August 1868 § 48 ꝛc.

[3]) Das Nähere ergeben für Preußen: Ges., betr. die Anlegung von Hypothekenfolien für Gerechtigkeiten zur Gewinnung von Stein- und Braunkohlen ꝛc., v. 1. Juni 1861, Ges., betr. die Rechtsverhältnisse des Stein- und Braunkohlen-Bergbaues ꝛc., v. 22. Februar 1869 §§ 3, 6, Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 68; Sachsen: Ges., die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr., v. 6. November 1843 §§ 169, 170, Berggef. v. 16. Juni 1868 § 49; Altenburg: Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 13. Oktober 1852 §§ 172 ff., Berggef. v. 18. April 1872 §§ 52, 53, Ges., die Rechtsverhältnisse des Kohlenbergbaues betr., v. 18. April 1872.

freiheit dieſe Eigenſchaften meiſt verloren. Außer den Bergbauberechtigungen, deren Gleichſtellung mit den Grundſtücken im Allgemeinen nicht angefochten zu ſein ſcheint, kommen jetzt namentlich noch in Betracht: das Apothekerprivilegium (das vererbliche Recht, in einem Orte eine Apotheke zu halten), die Fiſchereigerechtſame, die Fährgerechtigkeit, die Schiffmühle d. h. die Berechtigung, auf einem öffentlichen Fluſſe eine Schiffmühle zu haben[1]), vielleicht auch gewiſſe Gemeindeberechtigungen[2]). Darüber, ob ein Bedürfniß zur Anlegung von Grundbuchblättern für dieſe Rechte vorhanden iſt, ſind die Anſichten getheilt[3]). Das bürgerliche Geſetzbuch iſt indeſſen nicht der Ort, die Frage zu entſcheiden. Die Entſcheidung kann, ſoweit ſie nicht der Landesgeſetzgebung als dem für die Regelung der fraglichen Rechte zuſtändigen Organe zu überlaſſen iſt, nach dem befolgten Syſteme nur in dem Einführungsgeſetze bezw. in der Grundbuchordnung gegeben werden.

Der Entwurf begnügt ſich deshalb damit, in dem zweiten Abſatze des § 781 vorzuſchreiben, daß auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, die für Grundſtücke geltenden Beſtimmungen entſprechende Anwendung finden. Ueber das Verhältniß dieſes Satzes zu dem beſtehenden Rechte iſt Folgendes zu bemerken:

1. Während die verliehene Bergbauberechtigung und die ſelbſtändige Abbauberechtigung den Vorſchriften über die Veräußerung und Belaſtung der Grundſtücke unbedingt unterliegen, iſt die Anwendung dieſer Vorſchriften auf ſelbſtändige Gerechtigkeiten anderer Art in verſchiedenen Staaten, namentlich in Preußen und Sachſen, davon abhängig, daß für die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt angelegt iſt. Nach dem Entwurfe dagegen ſind die gedachten Vorſchriften für jede Berechtigung maßgebend, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten kann, ſo zwar, daß auf eine ſolche Berechtigung, auch wenn dieſelbe nicht gebucht iſt, die für die Veräußerung und Belaſtung der Rechte geltenden Normen nicht anwendbar ſind. Der Grund hierfür beruht in der

---

[1]) Koch, preuß. Hypoth. O. 1 § 14 Gl. 21 und A. L. R. I, 20 § 395; Siegmann, ſächſ. Hypoth. O. S. 48 ff.

[2]) Münchmeyer, die grundbeſitzgleichen Gerechtigkeiten und ihre Behandlung zum Grundbuche, in dem Magazine für das Deutſche Recht der Gegenwart Bd. 2 S. 1 ff.

[3]) In Preußen wurde für das Herzogthum Weſtfalen ꝛc., durch die Verordnung v. 31. März 1834 § 3 die Anlegung von Hypothekenfolien für Gerechtigkeiten verboten. Das praktiſche Bedürfniß für die Anlegung wurde auch in den Motiven des Entwurfes eines Geſetzes über den Eigenthumserw. ꝛc. beſtritten, in den Motiven des Entwurfes einer Grundbuchordnung dagegen als möglich vorausgeſetzt. (Werner, die preuß. Grundb. Geſ. ꝛc. 2 S. 35 u. 150.) Lebhaft betont wird es, allerdings nur in Beziehung auf die Provinz Hannover, von Münchmeyer in der bezeichneten Abhandlung (vor. Anm.). Siehe aber auch Stegemann, die Veräußerung der Allmendeberechtigung, in dem Magazine für das Deutſche Recht der Gegenwart 2 S. 69—76, Detmold, über ſelbſtändige Gerechtigkeiten ꝛc., ebenda 3 S. 65—86, und den Aufſatz in dem preuß. Juſtiz-Miniſterialbl. 1882 S. 194. Die Zuläſſigkeit der Anlegung von Grundbuchblättern für ſelbſtändige Gerechtigkeiten ergiebt ſich aus der Grundb. O. v. 5. Mai 1872 § 3. Anderer Meinung, geſtützt auf das Geſetz über den Eigenthumserw. ꝛc. § 69, Förſter, das preuß. Grundb. R. S. 34.

Erwägung, daß das Gesetz, wenn es einer Berechtigung die Fähigkeit beilegt, wie ein Grundstück gebucht zu werden, damit zugleich anerkennt, daß diese Berechtigung die ihre Gleichbehandlung mit den Grundstücken rechtfertigenden Eigenschaften hat. Die gesetzliche Feststellung, daß eine Berechtigung buchungsfähig ist, muß also für deren Behandlung den Ausschlag geben, nicht aber der mehr zufällige Umstand, daß die Buchung bereits stattgefunden hat. In der Buchungsfähigkeit liegt deshalb ebenso wie bei den Grundstücken die Buchungspflichtigkeit. Es würde zu Unzuträglichkeiten führen, wenn das Gesetzbuch neben Grundstücken und buchungsfähigen Berechtigungen noch als dritte Kategorie buchungsfähige aber nicht gebuchte Berechtigungen unterschiede und dieselben erst mit der Buchung den für Grundstücke geltenden Vorschriften unterstellte. Bei einer solchen Regelung könnte es nicht ausbleiben, daß das Schicksal von Rechten, welche an einer buchungsfähigen Berechtigung vor deren Buchung erlangt würden, Verwickelungen zur Folge hätte.

Die Buchungspflichtigkeit der buchungsfähigen Berechtigungen erschwert freilich in einem gewissen Grade die Veräußerungsgeschäfte. Allein ein entscheidender Einwand kann hieraus gegen den Abs. 2 des § 781 ebensowenig hergeleitet werden, wie gegen die Annahme des Grundbuchsystemes überhaupt. Dagegen, daß ganz kurzlebige Berechtigungen gebucht werden, müssen die Bestimmungen über die Voraussetzungen, an welche die Buchungsfähigkeit zu knüpfen ist, das erforderliche Korrektiv gewähren.

2. Unter den Vorschriften des Immobilienrechtes sind die wichtigsten diejenigen, welche die Veräußerung und die Belastung der Grundstücke und die Zwangsvollstreckung in dieselben regeln. Ein stichhaltiger Grund aber, weshalb landesrechtlich die sonstigen für Grundstücke gegebenen Vorschriften von der Anwendung auf selbständige Gerechtigkeiten ausgeschlossen sind, ist nicht erfindlich. Bestimmungen, wie sie der Entwurf in den §§ 199, 372, 378, 631 Abs. 4 und in § 769 Abs. 2 aufgestellt, passen auch dann, wenn nicht ein Grundstück, sondern eine buchungsfähige Berechtigung in Frage steht. In dem letzteren Falle aber würde ihre Anwendbarkeit kaum zu rechtfertigen sein, wenn das Gesetzbuch für jene landesrechtliche Beschränkung sich entschiede. Es würde dann einer Menge von Einzelbestimmungen bedürfen, um nicht auffällige Lücken in dem Rechtssysteme entstehen zu lassen. Diese Unzuträglichkeit wird vermieden, wenn das Gesetz die buchungsfähigen Berechtigungen schlechthin den auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften unterwirft. Die Gleichstellung findet freilich an der verschiedenen Natur des Gegenstandes ihre Schranke. Allein dies wird nicht verkannt werden, wenn die entsprechende Anwendung jener Bestimmungen vorgeschrieben wird.

5. Sachbestandtheile.

a) Wesentliche Bestandtheile einer Sache.

§ 782.

Wesentliche und nichtwesentliche Bestandtheile.

Der Bestandtheilsbegriff hat eine besondere Bedeutung, wenn das Verhältniß in Frage kommt, in welchem die einzelnen Bestandtheile zu den Rechten stehen, welchen die Sache als Ganzes unterworfen ist. Im Allgemeinen wird

man nicht behaupten dürfen, daß eine Sache um deswillen, weil sie Bestandtheil einer anderen ist, das rechtliche Schicksal derselben in jeder Hinsicht theilen müsse, einem das Ganze nicht ergreifenden Rechte nicht unterworfen sein könne. Lassen sich die Bestandtheile von einander trennen, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, so fordert die Rechtslogik keinesfalls, daß das Bestehen von Sonderrechten an ihnen vor der Trennung ausgeschlossen werde. Ob und inwieweit andere Gründe hierzu nöthigen, muß an dieser Stelle dahingestellt bleiben, da die Frage durch eine allgemeine Vorschrift sich nicht lösen läßt[1]). Sind dagegen die Bestandtheile von der Beschaffenheit, daß durch ihre Trennung von einander eine Zerstörung oder wesentliche Veränderung des einen oder des anderen Bestandtheiles herbeigeführt wird, so kann die Rechtsordnung Sonderrechte an ihnen nicht zulassen. Vom rein logischen Standpunkte mag dies zwar nicht unzweifelhaft sein. Allein Zweckmäßigkeitsgründe sprechen für den Grundsatz, welchen der § 782 aufstellt.

Unstatthaftigkeit von Sonderrechten an Bestandtheilen.

Klar ist ohne Weiteres, daß die Bestandtheile, um welche es sich hier handelt, ihren wirthschaftlichen Zweck und damit ihren Werth regelmäßig nur in der von ihnen gebildeten Sache haben. Ihre Trennung von einander führt nicht blos zur Auflösung des Ganzen, sondern auch zur Beschädigung und wesentlichen Veränderung der zu gewinnenden Stücke, mithin zur Entwerthung oder wenigstens zur Herabminderung des Werthes von Vermögensgegenständen, einem Ergebnisse, welches den volkswirthschaftlichen Interessen zuwiderläuft. Die Zulassung von Sonderrechten an den einzelnen Bestandtheilen aber würde die Trennung derselben von einander nothwendig begünstigen. Ihre Ausschließung rechtfertigt sich daher durch die Rücksicht, welche die Gesetzgebung auf jene Interessen zu nehmen hat.

Das geltende Recht spricht freilich den Rechtssatz, welchen der § 782 enthält, nicht ausdrücklich aus, sondern erkennt meist nur gewisse Konsequenzen desselben an[2]). Richtiger aber erscheint es, den Grundsatz selbst auszusprechen, weil hierdurch das Gesetz an Klarheit und Einfachheit gewinnen muß. Da der Satz sich nicht auf das Eigenthum beschränkt, sondern auch für die begrenzten Rechte an einer Sache gilt, so muß er zur Vermeidung unnützer Wiederholungen in dem vorliegenden Abschnitte seine Stelle finden. Ebensowenig bedenklich ist es, die Bestandtheile, deren Verhältniß zu dem Ganzen hier bestimmt wird, zur Unterscheidung von anderen Bestandtheilen als „wesentliche" zu bezeichnen. Die Erhebung dieser Bezeichnung zu einer technischen empfiehlt sich zur Ermöglichung einer kurzen und einfachen Fassung der übrigen Bestimmungen, in welchen der Entwurf von jenen Bestandtheilen handelt.

Auch die hauptsächlichen Konsequenzen des § 782 geben zu begründeten Bedenken keinen Anlaß.

---

[1]) Vergl. die §§ 783 ff., 798, 848, 892, 895, 1067, 1071.

[2]) Siehe zu den §§ 783—786, 890—892, 895—897, 1067. Mit den Substanztheilen des preuß. A. L. R. I, 2 §§ 4, 5 decken die wesentlichen Bestandtheile des Entwurfes sich nicht. Jene bestimmen sich durch den Einfluß ihrer Trennung auf das Ganze, diese durch die Beschaffenheit des abgetrennten Theiles.

Die erste Konsequenz ist die, daß das Bestandtheilsverhältniß, so lange es dauert, die Begründung eines dinglichen Rechtes, welches nicht das Ganze ergreift, bezw. die Veräußerung des Bestandtheiles selbst dann ausschließt, wenn den Voraussetzungen der Erwerbung (Tradition, Eintragung, Auflassung) genügt werden kann.

Unberührt von dieser Konsequenz bleiben die oben S. 38 erwähnten Abbauberechtigungen, da sie nicht die Bodenbestandtheile, sondern gleich anderen Nutzungsrechten das ganze Grundstück zum Gegenstande haben. Der Eigenthümer, welcher eine solche Berechtigung einem Anderen einräumt, überträgt damit auf denselben nicht sowohl das Eigenthum an den zu entnehmenden Bestandtheilen des Grundstückes als vielmehr das Recht, sich dieselben zuzueignen.

Die zweite Konsequenz ist die, daß, wenn einer Sache eine andere als wesentlicher Bestandtheil hinzutritt oder mehrere Sachen zu einer neuen vereinigt werden, jede solche Verbindung von Einfluß auf die Rechte ist, welche bisher an den nun vereinigten Stücken bestanden. Wie dieser Einfluß in positiver Hinsicht sich gestaltet, kann hier nicht entschieden werden; er ist ein anderer, je nachdem die Vereinigung durch Verbindung, durch Vermischung oder durch Verarbeitung herbeigeführt wird. Der § 782 enthält nur den negativen Grundsatz, daß an der Sache, wie sie aus der Vereinigung hervorgeht, nur ein einheitliches Recht bestehen kann, daß namentlich jeder Anspruch auf Ablösung eines Theiles kraft dinglichen Rechtes versagt bleibt. Diesem Grundsatze unterliegen, wie aus den §§ 890—897 ersichtlich ist, alle Arten der Vereinigung mehrerer Sachen zu einer einzigen.

b) Wesentliche Bestandtheile eines Grundstückes.

α. Die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen; Bestandtheile eines Gebäudes.

§ 783.

Die Vorschrift, welche der § 782 für die wesentlichen Bestandtheile enthält, bezieht sich gleichmäßig auf bewegliche und auf unbewegliche Sachen. Für die letzteren indessen bedarf das Gebiet dieser Bestandtheile einer besonderen Bestimmung.

1. Superficies solo cedit.

1. Der Standpunkt des röm. Rechtes kennzeichnet sich durch die Regel: superficies solo cedit. Alles, was mit dem Boden fest zusammenhängt, ist Bestandtheil des Bodens. Der Boden ist bei Grundstücken die Hauptsache; seine rechtlichen Beziehungen sind für die fest mit ihm verbundenen Sachen ausschließlich entscheidend[1]). Dem röm. Rechte folgen im Wesentlichen das sächs. G. B. §§ 218, 284—286, 410, 422, der bayr. Entw. I Art. 144, 145, III Art. 100—105, 353 und der hess. Entw. II, 1 Art. 5. In dem franz. G. B. Art. 552 ff. ist der Grundsatz „superficies solo cedit" ebenfalls anerkannt, jedoch nicht ohne erhebliche Ausnahmen festgehalten. Das preuß.

[1]) Windscheid § 188.

A. L. R. wendet ihn nur an wenigen Stellen an[1]); es kennt ebenso wie der code civil ein von dem Grundeigenthume unabhängiges Eigenthum an Sachen, welche mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, namentlich an Gebäuden[2]).

Nach der Bestimmung, welche der Entwurf in dem ersten Absatze des § 783 trifft, gelten diese Sachen als wesentliche Bestandtheile des Grundstückes. Es knüpft sich mithin an sie die in dem § 782 bestimmte Rechtsfolge, gleichviel ob die Trennung des Bestandtheiles vom Grund und Boden die daselbst vorausgesetzte Wirkung hat oder nicht. Der Abs. 1 des § 783 ist also keine bloße Konsequenz aus dem § 782, sondern neben demselben von selbständiger Bedeutung. Dieser schweigt ohnehin darüber, ob ein Bestandtheil dem anderen folge; jener deutet schon die Regel an, daß den an dem Grund und Boden bestehenden Rechten alle übrigen Bestandtheile des Grundstückes unterworfen sind[3]).

Gegenüber der Auffassung römischer Juristen, welche in dem Grundsatze „superficies solo cedit“ eine rechtliche Nothwendigkeit erblickten, muß freilich die positive Natur desselben behauptet werden. Allein wenn in dem Falle des § 782 die Ausschließung von Sonderrechten an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ihre Rechtfertigung in dem volkswirthschaftlichen Interesse findet, welches an der Erhaltung dieser Bestandtheile als solcher besteht, so rechtfertigt der nämliche Grund auch die Vorschrift des § 783 Abs. 1, da dieselbe ebenfalls darauf abzielt, das Ganze zu erhalten, bezw. die Trennung der Gebäude von dem Grund und Boden zu verhindern, selbst wenn dieselben ohne eigenen Schaden und ohne Schaden des Bodens sich abtrennen lassen würden. Hinzu tritt, daß diese Vorschrift wegen des Uebergewichtes und der Anziehungskraft der Rechte am Grund und Boden den weiteren Vortheil bietet, daß im Allgemeinen derjenige, welcher ein Recht an einem bebauten Grundstücke erwerben will, nur das Recht des Veräußerers an dem Grundstücke zu prüfen und daneben durch den Augenschein das Vorhandensein der von dem Gesetze erforderten Verbindung festzustellen hat, um wegen der Erstreckung des Rechtes auf die Gebäude sicher zu sein.

Die sonstigen mit dem Boden fest verbundenen Sachen, wie Pfosten, Zäune, Röhrenleitungen und dergleichen, sind derselben Vorschrift zu unterwerfen wie die Gebäude, weil sie in ähnlicher Weise wie diese zusammen mit dem Grund und Boden ein im volkswirthschaftlichen Interesse zu erhaltendes Ganze bilden. Die Beschränkung der Vorschrift auf Gebäude könnte überdies zu Zweifeln Anlaß geben, da der Begriff des Gebäudes einer festen Abgrenzung ermangelt.

2. Nach dem zweiten Absatze des § 783 gelten als wesentliche Bestandtheile eines Gebäudes die demselben zu dessen Herstellung eingefügten Sachen, sofern nicht die Einfügung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist. Dieser Satz ist nur eine Konsequenz der Vorschrift des ersten Absatzes. Sein

2. Wesentliche Bestandtheile eines Gebäudes.

[1]) Z. B. I, 9 § 334 und I, 20 §§ 469 ff.
[2]) A. L. R. I, 9 § 98 und I, 22 § 200.
[3]) Vergl. den Entw. §§ 890, 895, 1067, 1071.

Verhältniß zu dem bestehenden Rechte bedarf indessen noch einer kurzen Erörterung.

Baumaterialien. a) Das sächs. G. B. bezeichnet im § 286 nur die Baumaterialien als Bestandtheile des Gebäudes. Unter Baumaterialien wird man hier diejenigen Sachen verstehen müssen, welche zur Herstellung des Gebäudes als eines solchen nothwendig sind. Dieser Begriff aber ist schwer zu begrenzen. Ob Thüren, Fensterflügel und dergl. unter ihn fallen, kann unter Umständen recht zweifelhaft sein. Der volkswirthschaftliche Grund, auf welchem die Vorschrift des Entwurfes beruht, rechtfertigt deren Beziehung auf alle zur Herstellung des Gebäudes verwendeten und zur dauernden Bildung desselben als eines in sich vollendeten wirthschaftlichen Ganzen bestimmten Sachen. Mit dem römischen Rechte[1]), dem preuß. A. L. R. I, 9 § 334, dem code civil Art. 554 und dem bayr. Entw. I Art. 145 Abs. 1 steht in dieser Hinsicht der § 783 nicht in Widerspruch.

Dauernde Verbindung. b) Daß eine Sache dann nicht Bestandtheil eines Gebäudes wird, wenn ihre Verbindung mit dem letzteren zu einem nur vorübergehenden Zwecke geschieht, ist in dem geltenden Rechte nicht besonders ausgesprochen, jedoch nach der Natur des Bestandtheilsverhältnisses anzunehmen. Der § 783 hebt es nach dem Vorgange des bayr. Entw. hervor, um einer mißverständlichen Auslegung vorzubeugen. Die Frage nach der Beweislast, wenn fremde Sachen dem Gebäude eingefügt sind, wird hierdurch nicht berührt.

Fremde Sachen. c) Das römische Recht erkennt die Eigenschaft der in ein Gebäude eingefügten Sachen als Bestandtheile desselben nur mit der Maßgabe an, daß das besondere Eigenthum, welches an einer solchen Sache bestand, nicht aufgehoben wird, sondern nur so lange ruht, als die Verbindung der Sache mit dem Gebäude dauert. Das Eigenthum an einem Grundstücke erstreckt sich zwar auf das mit demselben verbundene Gebäude, nicht aber auch auf die fremden Materialien, welche zur Herstellung des Gebäudes verwendet worden sind[2]). Von den modernen Kodifikationen hat das bayr. L. R. II, 3 § 17 diese Gestaltung des Verhältnisses übernommen. Die übrigen haben dieselbe abgelehnt; nach ihnen gehören und verbleiben die einmal in das Gebäude eingebauten Materialien dem Eigenthümer desselben[3]). Mit dem Prinzipe, auf welchem der § 783 des Entwurfes beruht, ist der Standpunkt des römischen Rechtes unvereinbar; er entspricht den heutigen Rechtsanschauungen nicht und erledigt sich für die Eigenthumsfrage durch die Vorschrift des § 890.

Ablehnung des Stockwerkseigenthumes. d) Nach dem franz. G. B. Art. 664 können die verschiedenen Stockwerke eines Gebäudes verschiedenen Eigenthümern gehören. Das bad. L. R. hat diesen Artikel unverändert beibehalten. In Bayern wird ein Sondereigenthum an den einzelnen Stockwerken auch für diejenigen Gebiete anerkannt, in welchen das franz. G. B. keine Geltung hat[4]). Auch die württem-

---

[1]) Bei Windscheid § 188 Note 10.

[2]) Windscheid § 188 c.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 334; code civil Art. 554; sächs. G. B. § 284; bayr. Entw. III Art. 101; hess. Entw. II, 3 Art. 43, 44.

[4]) Roth, bayr. Civ. R. § 120 Note 37; bayr. Entw. VII Art. 212, 213.

bergische Praxis hat ein solches Rechtsverhältniß zugelassen[1]). Sonst scheint dasselbe nur noch in Meiningen, Schleswig und Frankfurt a. M. vorzukommen[2]). In dem preuß. A. L. R. hat es nach der neueren Praxis keinen Boden[3]).

Vom Standpunkte des Entwurfes sind die Stockwerke eines Gebäudes wesentliche Bestandtheile desselben, mithin einem anderen Rechte als das Grundstück, auf welchem das Gebäude sich befindet, nicht unterworfen. Der volkswirthschaftliche Grund freilich, welcher die §§ 782 und 783 rechtfertigt, trifft hier nicht zu, weil das Stockwerkseigenthum in den gedachten Gebieten so gestaltet ist, daß es die Trennung seines Gegenstandes von dem Gebäude ausschließt. Allein immerhin ist dieses Eigenthum gegenüber dem Sachbegriffe des Entwurfes eine Regelwidrigkeit, deren Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht räthlich ist.

In dem bayr. Entw. III Art. 212—215 ist das Sondereigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes in seinen Einzelheiten geordnet. Als Grund hierfür ist in den Mot. S. 71 angegeben, daß „dergleichen Rechtsverhältnisse, wenn auch nach den allgemeinen Rechtsbegriffen nicht wohl zu konstruiren und anomal, als in der Rechtssitte und in lokalen Bedürfnissen begründet, auch keinem öffentlichen Interesse widerstreitend, weder verboten noch ignorirt werden können". Allein dieser Auffassung ist nicht durchweg beizupflichten. Die Unzuträglichkeiten, welche mit dem Vorhandensein mehrerer Haushaltungen unter demselben Dache verbunden sind, finden in dem Falle der Miethe ihr Korrektiv durch das Recht der Betheiligten, nach Ablauf einer gewissen Zeit das Verhältniß zu lösen. Sie treten dagegen in ihrer ganzen Schärfe hervor, wenn die Inhaber der verschiedenen Stockwerke bezw. Wohnungen durch ein dauerndes Recht an das Haus gefesselt sind. Kommt nun zu dem Sondereigenthume an diesen Lokalitäten noch ein Miteigenthum am Grund und Boden und an den der gemeinschaftlichen Benutzung gewidmeten Haustheilen hinzu, so hat man eine Gemeinschaft, welche durch ihre eigene indivision forcée[4]) eine Quelle fortwährender Streitigkeiten eröffnet. Durch den Hinweis auf die Sitte in den unbemittelten Volkskreisen, auf welche die Verfasser des bayr. Entw. sich berufen, läßt die Uebertragung derartiger Rechtsbildungen auf Gebiete, welchen dieselben bisher fremd gewesen sind, sich nicht rechtfertigen. Gewiß hat der Gesetzgeber die auf Begründung eines festen Heim gerichteten Bestrebungen möglichst zu begünstigen. Aber er darf dies nicht auf die Gefahr hin, Verhältnisse zu schaffen, welche ihrer ganzen Struktur nach dazu angethan sind, den Frieden in dem Inneren der Häuser zu gefährden.

[1]) Plen. Beschl. des württemb. Ob. Trib. v. 22. Januar 1869, württemb. Archiv 12 S. 329. Dagegen Mandry, ebenda 13 S. 191.

[2]) Roth a. a. O. Note 36.

[3]) Erk. des vormaligen Ob. Trib. in Berlin v. 14. Febr. 1865, Entsch. 53 S. 4, v. 1. Juni 1875, Entsch. 75 S. 85, und v. 16. Febr. 1877, ebenda 79 S. 128. Abweichend. Erk. v. 17. Febr. 1860, Striethorst Archiv 36 S. 232, und v. 11. April 1864, ebenda 54 S. 60.

[4]) Aubry et Rau, cours de droit civil II § 221.

Das öffentliche Interesse erheischt vielmehr, die sich geltend machende Neigung zu solchen Verhältnissen zu bekämpfen. Die Gesetzgebung ist denn auch verschiedentlich gegen dieselbe eingeschritten[1]), und das bürgerliche Gesetzbuch hat nicht die Aufgabe, den von dem bayr. Entw. eingeschlagenen Weg zu betreten. Das Aeußerste, was die Reichsgesetzgebung gegenüber den lokalen Bedürfnissen thun kann, ist, daß sie die Befriedigung derselben in den Grenzen des Bestandtheilsbegriffes den betheiligten Bundesstaaten überläßt. Der hierzu erforderliche Vorbehalt aber findet in dem Einführungsgesetze seine Stelle[2]).

β. Die Erzeugnisse des Grundstückes.

§ 784.

Theile des Bodens.

1. Die Erzeugnisse eines Grundstückes sind regelmäßig dazu bestimmt, vom Boden getrennt und nach der Trennung als selbständige Sachen verwerthet zu werden. So lange sie aber mit dem Boden zusammenhängen, sind sie Theile desselben und ohne besondere d. h. von dem Boden unabhängige Existenz. Der § 784 Abs. 1 rechnet sie deshalb zu den wesentlichen Bestandtheilen des Grundstückes[3]) und unterwirft sie damit der Vorschrift des § 782. Es steht dies im Einklange mit dem röm. Rechte[4]), welchem die modernen Kodifikationen mit Ausnahme des preuß. A. L. R. sich angeschlossen haben[5]). Nach dem preuß. A. L. R. I, 9 § 221 sind „die Früchte einer Sache gleich bei ihrem Entstehen Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat". Da der Entwurf ein solches Sondereigenthum an den ungetrennten Erzeugnissen in den §§ 898—902 ausdrücklich ablehnt, so braucht hier auf dasselbe nicht weiter eingegangen zu werden.

Samen und Pflanzen.

2. Das gewöhnliche Mittel, den in Kultur genommenen Grundstücken Erzeugnisse abzugewinnen, ist das Besäen oder das Bepflanzen des zubereiteten Bodens. Es fragt sich daher, mit welcher Thatsache die Bestandtheilseigenschaft des Samens und der Pflanze eintritt. Der Entwurf entscheidet diese Frage durch den zweiten Absatz des § 784. Die Entscheidung in Ansehung der Pflanzen ist nicht zweifelhaft, da das geltende Recht von der natürlichen Auffassung ausgeht, daß eine Pflanze ihre selbständige Existenz nicht schon dadurch, daß sie in den Boden gesteckt wird, sondern erst dadurch verliert, daß sie in dem Boden Wurzel faßt und hierdurch physiologisch mit demselben sich verbindet[6]). Hinsichtlich des Samens dagegen herrscht keine Uebereins-

---

[1]) Siehe z. B. Würzburger B. O. v. 1722 Nr. 8 und Regensburger W. G. O. XI, 2—4, bei Roth, bayr. Civ. R. § 120, Note 35, Verordn. für Baden v. 23. März 1808 Art. 4, Ges. für Schwarzb.-Rudolst. v. 26. März 1858 und Coburg v. 3. Juli 1869 Art. 3.

[2]) Vergl. die Note zu § 949 des Entw.

[3]) Vergl. oben zu § 782 Ziff. 1.

[4]) L. 44 D. de r. v. 6, 1.

[5]) Code civil Art. 520; hess. Entw. II, 1 Art. 5; bayr. Entw. I Art. 144; sächs. G. B. §§ 284, 285.

[6]) § 32 J. de rer. div. 2, 1; preuß. A. L. R. I, 9 § 275; sächs. G. B. § 285; österr. G. B. § 420; bayr. Entw. I Art. 102.

ſtimmung. Das röm. Recht ſcheint auch hier, der natürlichen Anſchauung folgend, das Wurzelfaſſen als nothwendige Vorausſetzung der Beſtandtheilseigenſchaft anzuſehen[1]), und der bayr. Entw. III Art. 102 unterſtellt den Samen derſelben Vorſchrift wie die Pflanzen. In dem preuß. A. L. R. I, 9 § 275 hingegen und in dem ſächſ. G. B. § 285 wird der Samen ſchon mit dem Ausſäen dem Rechte der Früchte unterworfen, bezw. von da ab als Bodenbeſtandtheil behandelt. Der Entwurf ſchließt ſich dieſer Auffaſſung an, und zwar aus Rückſicht darauf, daß die Ausſonderung der ausgeſäeten Körner aus dem Boden meiſt undurchführbar oder doch mit unverhältnißmäßigen Koſten verknüpft ſein würde.

γ. Ausſchließung der Beſtandtheilseigenſchaft in gewiſſen Fällen.

§ 785.

Die Regel des § 782 kann in ihrer Beziehung auf die mit einem Grundſtücke verbundenen Sachen, welche nach den §§ 783 und 784 die Eigenſchaft von Beſtandtheilen des Grundſtückes haben, nicht uneingeſchränkt durchgeführt werden, wenn ſie nicht zu einer ungerechtfertigten Verletzung erheblicher Intereſſen Anlaß geben ſoll. Die Fälle, welche eine Einſchränkung der Regel erheiſchen, ſind die, in welchen die Verbindung einer ſolchen Sache, insbeſondere eines Gebäudes, mit dem Grundſtücke von einem anderen als dem Eigenthümer des letzteren nur zu einem vorübergehenden Zwecke befugter Weiſe bewirkt oder in Ausübung eines (begrenzten) Rechtes an dem Grundſtücke von dem Berechtigten vorgenommen worden iſt. Der Entwurf beharrt zwar auch dieſen Fällen gegenüber bei dem Grundſatze, daß an den weſentlichen Beſtandtheilen einer Sache ein Sonderrecht nicht ſtattfindet. Aber der § 785 entzieht dem Grundſatze die gedachten Sachen, indem er denſelben die Eigenſchaft von Beſtandtheilen des Grundſtückes unter den angegebenen Vorausſetzungen abſpricht. Dadurch, daß er inſoweit die Erſtreckung der Rechte an dem Grundſtücke auf die mit demſelben verbundenen Sachen ausſchließt, nähert er ſich dem Standpunkte des preuß. und des franz. Rechtes[2]); auch ſteht er, allerdings nicht in ſeiner ganzen Tragweite, mit dem ſächſ. Geſetzbuche und in einer gewiſſen Beziehung auch mit dem röm. Rechte im Einklange.

1. Das ſächſ. Geſetzbuch macht in § 284 von der Regel, daß der Eigenthümer eines Grundſtückes das Eigenthum an den beweglichen Sachen erwirbt, welche mit dem Grundſtücke als Beſtandtheile verbunden werden, eine Ausnahme, „wenn die Verbindung zu einem blos vorübergehenden Zwecke von einem dazu berechtigten Anderen vorgenommen worden iſt". Nach den Motiven hat hierdurch namentlich dem Pächter und dem Miether das Recht geſichert werden ſollen, Pflanzen und andere Sachen, welche der Pächter oder der Miether nur in ſeinem Intereſſe und in der Abſicht, ſie bei ſeinem Abzuge wieder auszuheben, in das Erdreich geſetzt hat, im Falle eines Wechſels des

---

[1]) Windſcheid § 188 b.

[2]) Siehe das oben zu den beiden vorigen Paragraphen Geſagte, auch das preuß. Geſetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 30.

Eigenthumes an dem Grundstücke herauszunehmen, indem in diesem Falle dem Erwerber des letzteren die Befugniß abgesprochen wird, auf Grund des Akzessionsrechtes die Pflanzen ꝛc. zu beanspruchen. Der Satz ist nach den Motiven auch auf Gebäude anwendbar, welche für vorübergehende Zwecke auf fremdem Grund und Boden errichtet sind, sofern der frühere Zustand wieder herzustellen ist. In diesen und ähnlichen Fällen[1]) kann in der That die Verbindung mit dem Grundstücke für die verbundenen Sachen, die mit dem Bestandtheilsverhältnisse an sich verknüpfte Rechtsfolge nicht haben, weil es hierzu an dem inneren Momente der beabsichtigten Zusammengehörigkeit gebricht, die Abtrennung von dem Grundstücke vielmehr von vornherein in Aussicht genommen ist. Immerhin aber ist die bezügliche Vorschrift eine Ausnahmebestimmung, welche nicht am Platze ist, wenn derjenige, welcher die Verbindung bewirkt hat, eine Rücksichtnahme auf den dabei von ihm verfolgten Zweck nicht verdient. Um hierüber keinen Zweifel zu lassen, betont der Entwurf besonders, daß die Verbindung „befugter Weise" geschehen sein müsse.

2. Verschiedene Digestenstellen sprechen die Anschauung aus oder zeugen doch von derselben, daß bei einer Wasserleitungsservitut die in das praedium serviens eingefügten fistulae, canales, castellum Eigenthum des Dienstbarkeitsberechtigten bleiben und also nicht als Bestandtheile des dienenden Grundstückes gelten[2]). Die Richtigkeit dieser Anschauung ergiebt sich daraus, daß nach dem Wesen der Dienstbarkeit der Berechtigte das fremde Grundstück in bestimmter Weise benutzen und die dazu nöthigen Anlagen in seinem Interesse herstellen kann, seine hierzu verwendeten eigenen Sachen daher den Karakter von Akzessionen des Rechtes haben und behalten. Dies trifft aber nicht blos für die eine oder die andere Kategorie von Dienstbarkeiten zu, sondern für jedes an einem fremden Grundstücke bestehende Recht, in dessen Ausübung der Berechtigte eine Anlage auf diesem Grundstücke errichtet. Der § 785 ist deshalb in seinem zweiten Theile so gefaßt, daß seine Tragweite auf alle dinglichen Nutzungsrechte sich erstrecken kann.

Hervorzuheben ist schließlich noch, daß dem Zwecke der Vorschrift gemäß die von derselben betroffenen Sachen durch ihre thatsächliche Verbindung mit dem Grundstücke in keinerlei rechtliche Verbindung mit demselben treten, daher nicht nur nicht als wesentliche Bestandtheile, sondern überhaupt nicht als Bestandtheile des Grundstückes angesehen werden können.

d. Vereinigung eines durch Naturgewalt von einem Grundstücke losgerissenen Erdkörpers mit einem anderen Grundstücke.

§ 786.

Bestand des Grundstückes.

Die Grundstücke sind mathematisch begrenzte Erdausschnitte. Die Begrenzung des einzelnen Ausschnittes ist so zu denken, daß sie durch Flächen bewirkt wird, welche von den auf der Oberfläche befindlichen Grenzlinien in

---

[1]) Vergl. § 857.

[2]) l. 27 § 32 D. ad leg. Aquiliam 9, 2; l. 49, l. 78 D. de contr. emt. 18, 1; l. 30 § 1 D. de damno inf. 39, 1.

ſenkrechter Richtung nach dem Mittelpunkte der Erde zu ſich ausdehnen, bis ſie ineinander zuſammenlaufen. Die in dieſer Weiſe begrenzte Maſſe bildet den natürlichen Beſtand des Grundſtückes. Die einzelnen Erdkörper, welche in ihr ſich unterſcheiden laſſen, ſind auch inſoweit, als ſie von dem Ganzen getrennt werden können, weſentliche Beſtandtheile desſelben. Erſt durch die Trennung kann ein ſolcher Körper, wie jeder andere Sachbeſtandtheil, die Beſtandtheilseigenſchaft verlieren und zu einer ſelbſtändigen beweglichen Sache werden.

Losreißung eines Erdkörpers.

Dieſe Veränderung in dem Beſtande des Grundſtückes hebt freilich die einmal an demſelben beſtehenden Rechte in Anſehung des bisherigen Beſtandtheiles an ſich nicht auf. Aber ſie hat die Folge, daß die ſelbſtändig gewordene Sache nicht mehr das rechtliche Schickſal des Grundſtückes theilt, ſondern die Fähigkeit beſitzt, nach den für die beweglichen Sachen maßgebenden Vorſchriften erworben und belaſtet zu werden. Im Allgemeinen iſt dies nicht zweifelhaft.

Vereinigung dieſes Körpers mit einem anderen Grundſtücke.

Einer beſonderen Regelung durch as bürgerliche Geſetzbuch bedarf jedoch der Fall, wenn ein Erdkörper durch Naturgewalt von einem Grundſtücke losgeriſſen und mit einem anderen Grundſtücke vereinigt iſt, ohne daß hierdurch die Grenzen des letzteren erweitert werden. Die Nothwendigkeit dieſer Regelung liegt darin, daß der losgeriſſene Körper ein weſentlicher Beſtandtheil des anderen Grundſtückes werden kann, die Vorausſetzungen aber, unter welchen das Geſetz eine ſolche Beſtandsveränderung anzuerkennen hat, nach den Vorſchriften der §§ 782—785 ſich nicht in angemeſſener Weiſe beſtimmen laſſen. Bei der Eigenartigkeit des Verhältniſſes kommt es vor Allem darauf an, ob die Unterſcheidung des Erdkörpers von dem Grundſtücke, mit welchem derſelbe ſich vereinigt hat, noch möglich iſt oder nicht.

Unmöglichkeit der Unterſcheidung.

1. Iſt die Unterſcheidung nicht mehr möglich, ſo iſt dies ein unwiderleglicher Beweis dafür, daß der bisher fremde Körper ein weſentlicher Beſtandtheil des Grundſtückes geworden iſt[1]). Der § 786 hebt nur dieſe Beſtandsveränderung hervor. Die rechtlichen Folgen, welche an dieſelbe ſich knüpfen, ergeben ſich aus dem § 782 dahin, daß der Erdkörper von den Rechten an dem Grundſtücke, von welchem er losgeriſſen wurde, frei und lediglich den Rechten an demjenigen Grundſtücke, mit welchem er ſich vereinigt hat, unterworfen iſt.

Unterſcheidbarkeit.

2. Kann der Erdkörper von dieſem Grundſtücke noch unterſchieden werden, ſo ſteht rechtlich an ſich nichts im Wege, daß er auf Grund eines Rechtes, von welchem er in dem durch ſeine Losreißung aufgehobenen Beſtandtheilsverhältniſſe ergriffen wurde, zurückgenommen wird. Die Landesgeſetze enthalten indeſſen poſitive Beſchränkungen der Zurücknahme.

---

[1]) Die Landesgeſetze deuten dies zum Theil dadurch an, daß ſie das Recht der Rücknahme des Erdkörpers von der Erkennbarkeit desſelben abhängig machen; ſo namentlich der code civil Art. 559 und die Waſſergeſetze für Bayern v. 28. Mai 1852 Art. 29, Altenburg v. 18. Oktober 1865 § 52, Schwarzburg-Rudolſtadt vom 7. Februar 1868 § 25, Coburg v. 7. Februar 1871 § 25, Reuß j. L. v. 6. April 1872 § 25, Braunſchweig v. 26. Juni 1876 § 52. In anderen Geſetzen, z. B. dem preuß. A. L. R., iſt dieſer Punkt nicht hervorgehoben.

Beschränkungen des Rechtes der Zurücknahme.

a) Soweit ersichtlich, wird nur der Fall ins Auge gefaßt, in welchem die Bestandsveränderung durch Wassergewalt hervorgerufen ist. Thatsächlich kann sie aber auch durch einen Erdrutsch[1]), eine Bodenerschütterung u. dergl. herbeigeführt werden, ohne daß ein Grund vorliegt, die möglichen Fälle in dem Gesetze zu unterscheiden. Der Entwurf lehnt deshalb eine solche Unterscheidung ab, indem er schlechtweg eine „Naturgewalt" als Ursache der Veränderung voraussetzt.

Als der zur Zurücknahme des von einem Grundstücke losgerissenen Erdkörpers Berechtigte wird meist nur der Eigenthümer dieses Grundstückes bezeichnet. Der Entwurf kann nach dem Systeme, welches er befolgt, das Zurücknahmerecht an dieser Stelle nicht regeln. Nach der ihm zu Grunde liegenden Auffassung des Bestandtheilsverhältnisses ist es indessen nicht zweifelhaft, daß in dem Falle des § 786 nicht blos das Eigenthum, sondern jedes Recht an einem Grundstücke in Ansehung eines von demselben losgerissenen Erdkörpers so lange verfolgbar ist, bis dieser Körper Bestandtheil eines anderen Grundstückes wird.

Nach dem Wassergesetze für Gotha v. 12. April 1856 § 26 beschränkt sich das Zurücknahmerecht auf „die auf dem abgerissenen Stücke befindlichen Baulichkeiten, Bäume und Pflanzen", so zwar, daß dieses Stück im Uebrigen ohne ein Weiteres ein (im Sinne des Entwurfes wesentlicher) Bestandtheil des Grundstückes wird, mit welchem es sich vereinigt. In anderen Staaten hat diese Besonderheit, soviel bekannt, keine Nachahmung gefunden. Der Entwurf hat deshalb keine Veranlassung, ihr zu folgen.

Nach römischem Rechte erwirbt der Eigenthümer eines Grundstückes das Eigenthum an dem fremden Erdkörper, sobald derselbe mit dem Grundstücke zusammengewachsen ist[2]). Im Einklange hiermit bestimmt das sächs. G. B. § 282, zur Regelung des Falles der sogen. Avulsion: „legt sich fremdes Land an und verwächst mit dem Ufer oder der Insel, so fällt die Vergrößerung dem Eigenthümer des Ufers oder der Insel zu". In dem größten Theile des Reiches hingegen hat die Gesetzgebung den Grundsatz des römischen Rechtes beseitigt[3]). Für die Beseitigung sprechen namentlich zwei Gründe: zunächst die Erwägung, daß der Begriff des Zusammenwachsens auf die Vereinigung unorganischer Bodenbestandtheile mit einander sich ohne Zwang nicht anwenden läßt; sodann die Rücksicht auf die thatsächlichen Schwierigkeiten, welche mit der Ermittelung ob der fremde Erdkörper mit dem Grundstücke zusammengewachsen ist, verbunden sein können. Der Entwurf knüpft an die Thatsache des Zusammenwachsens keine Rechtsfolge.

Beschr. durch eine Frist.

b) In einer Reihe von Landesgesetzen wird das Recht, den losgerissenen Erdkörper zurückzunehmen, an eine Ausschlußfrist gebunden; so namentlich in dem preuß. A. L. R. I, 9 §§ 223 und 224, dem franz. G. B. Art. 559

---

[1]) Bayr. Entw. III Art. 105; vergl. l. 9 § 2 D. de damno inf. 39, 2.

[2]) Windscheid § 188 Ziff. 1 a.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 223, 224; code civil Art. 559; die in der Anm. [1]) auf S. 49 angeführten Wassergesetze; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 105 und hess. Entw. II, 3 Art. 41.

und den Wassergesetzen für Bayern Art. 29, 30, 43, Altenburg § 52, Coburg Art. 25, Meiningen Art. 10, Reuß j. L. § 25, Schwarzburg-Rudolstadt § 25, Braunschweig § 52. Der Entwurf schließt sich dieser auch in dem bayr. Entw. III Art. 105 und dem hess. Entw. II, 3 Art. 41 in Aussicht genommenen Regelung dahin an, daß, wenn die Frist unbenutzt verstreicht, der fremde Erdkörper wesentlicher Bestandtheil des Grundstückes wird, mit welchem er sich vereinigt hat. Die Setzung einer Frist rechtfertigt sich dadurch, daß es an einem natürlichen Merkmale gebricht, an welchem die Selbständigkeit des gedachten Körpers auf die Dauer mit Sicherheit erkannt werden könnte. Die Natur selbst sorgt durch die Einflüsse des Wassers, des Windes, des Pflanzenwuchses dafür, daß die Unterscheidbarkeit jenes Körpers sich fortgesetzt vermindert, und wenn das Grundstück bestellt wird, so trägt auch die Kulturarbeit der Menschen hierzu bei. Das Rechtsverhältniß wird daher von Tag zu Tag dunkler und ungewisser, das Recht der Zurücknahme verliert durch die Schwierigkeit, seinen Gegenstand festzustellen, mehr und mehr an Werth, und der Eigenthümer des Grundstückes, gegen welchen es geltend zu machen ist, wird ohne sein Verschulden mit einem kostspieligen Prozesse bedroht, dessen Ausgang um so zweifelhafter ist, je länger die Erhebung der Klage sich verzögert. Diesem mißlichen Schwebezustande muß im Interesse der Rechtssicherheit eine zeitliche Schranke gesetzt werden. Der hierin liegende Eingriff in diejenigen Rechte, welchen der in Rede stehende Erdkörper bisher unterworfen war, ist um so weniger bedenklich, als in den meisten Fällen anzunehmen sein wird, daß die Berechtigten, welche die Frist nicht benutzen, auf die Erstreckung ihres Rechtes auf jenen Körper kein Gewicht legen.

Die Einzelheiten, auf welche noch einzugehen ist, sind folgende:

α. Während die Landesgesetze in ihrer Mehrzahl selbst die Frist bestimmen, wird dieselbe in Gotha auf den Antrag des den Zuwachs beanspruchenden Eigenthümers dem Gegner von der Verwaltungsbehörde gesetzt[1]). Der Entwurf entscheidet sich für die *gesetzliche* Frist, indem er davon ausgeht, daß eine solche dem Zwecke des § 786 entsprechender ist. Bestimmung der Frist

β. Die Frist ist in den bezüglichen Gesetzen[2]) auf *ein Jahr* bemessen. Nach dem bayr. Entw. III Art. 105 beträgt sie, wenn durch Erdrutsch ꝛc. von einem Grundstücke Theile auf ein niedriger gelegenes herabgefallen sind, nur drei Monate, und es muß anerkannt werden, daß in einem solchen Falle eine längere Frist entbehrlich ist. Der vorliegende Entwurf bestimmt gleichwohl für diesen Fall etwas Besonderes nicht. Er setzt die Frist ausnahmslos auf ein Jahr fest, um nicht durch Unterscheidung verschiedener Fälle und Fristen die Einfachheit und das Verständniß des Gesetzes zu gefährden. Dieser Grund wiegt um so schwerer, als man darauf rechnen darf, daß in denjenigen Fällen, in welchen eine kürzere Frist genügt, die schnell sich verlierende Unterscheidbarkeit des fremden Erdkörpers die Berechtigten veranlassen wird, ihr Recht möglichst bald zur Geltung zu bringen. Es fehlt deshalb auch an einem auf ein Jahr

---

[1]) Wassergesetz für Gotha vom 12. April 1856 § 26.

[2]) Siehe die Nachweisung in den Anm. 1 und 4.

praktischen Bedürfnisse, nach dem Vorgange einiger Gesetze[1]) die Verwaltungsbehörde zur Abkürzung der Frist auf Antrag eines Betheiligten zu ermächtigen.

seit der Vereinigung

γ. Der Beginn der Frist ist in dem preuß. A. L. R. und dem franz. G. B. nicht näher bestimmt. In dem hess. Entw. wird dieselbe „von dem Tage der gewaltsamen Trennung an gerechnet". Das bayr. Wassergesetz läßt das Jahr „nach dem Tage der geschehenen Versetzung des Landstücks" entscheiden. Nach dem Wassergesetze für Meiningen läuft die Frist „in dem auf den Abriß folgenden Kalenderjahre".

Geht man davon aus, daß für die Geltendmachung der Rechte an dem losgerissenen Erdkörper eine längere als einjährige Frist nicht zu gewähren ist, so kann es sich nur fragen, ob für den Anfang der Frist die Losreißung von dem Grundstücke oder aber die Vereinigung des losgerissenen Körpers mit dem anderen Grundstücke maßgebend sein soll. Eine praktische Bedeutung von Belang hat freilich die Frage nicht, da zwischen den beiden Ereignissen kaum je ein erheblicher Zeitraum liegen wird[2]). Richtiger ist es aber, das entscheidende Gewicht auf die Vereinigung zu legen, da erst durch diese Thatsache die Geltendmachung jener Rechte gegen eine bestimmte Person ermöglicht wird.

Wirkung des Ablaufes der Frist.

δ. Hat die Vereinigung ein Jahr lang bestanden, *ohne daß ein solches Recht geltend gemacht ist*, so tritt der bisher fremde Erdkörper kraft des Gesetzes in das Verhältniß eines wesentlichen Bestandtheiles zu dem Grundstücke, mit welchem er vereinigt ist. Das preuß. A. L. R. und das franz. G. B. knüpfen an die Versäumung der Frist nur die Folge, daß der Eigenthümer dieses Grundstückes den bezeichneten Körper sich zueignen kann[3]). Es beruht dies auf der Vorstellung, daß die Bestandsveränderung sich durch Dereliktion und Okkupation vollziehe. Der Entwurf lehnt im Einklange mit den partikularen Wassergesetzen diese Vorstellung ab, indem er davon ausgeht daß es den thatsächlichen Verhältnissen entsprechender ist, die von der Natur bewirkte Veränderung nach Ablauf der Frist als endgültig anzuerkennen.

Geltendmachung des Rechtes durch Klage.

ε. *Macht ein Berechtigter innerhalb des Jahres sein Recht an dem Erdkörper geltend*, so ist die Frist auch für die übrigen Berechtigten gewahrt. Die Landesgesetze rechnen freilich nur mit der Geltendmachung durch den Eigenthümer des Grundstückes, von welchem der Körper sich losgerissen hat. Allein nach der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung der Dinglichkeit kann die Unthätigkeit des Eigenthümers denjenigen nicht nachtheilig sein, welchen ein begrenztes Recht an diesem Grundstücke zusteht, und daß die Wirkung, welche die Geltendmachung hat, ohne erhebliche Unzuträglichkeiten sich nicht theilen läßt, bedarf keiner Ausführung.

Zur Geltendmachung des Rechtes gehört nach dem code civil Art. 559 die Anstellung der *Klage*. Vom Standpunkte des preuß. A. L. R. Einl. § 79 ist dasselbe anzunehmen. In Bayern wahrt sich der Eigenthümer nach dem

---

[1]) Wassergesetze für Altenburg, Coburg, Reuß j. L., Schwarzburg-Rudolstadt.
[2]) Vergl. §§ 148 und 149 des Entw.
[3]) Ebenso das zür. G. B. § 543.

Waſſergeſetze Art. 30 und 43 die Friſt dadurch, daß er innerhalb derſelben, „entweder bei der einſchlägigen Verwaltungsbehörde die Erklärung abgiebt, daß er das Landſtück als das ſeinige betrachte, oder die Anerkennung ſeines Eigenthumes oder Entſchädigungsanſpruches von Seiten des Uferbeſitzers erwirkt oder desfalls gerichtliche Klage erhebt". Nach den Waſſergeſetzen für Altenburg, Coburg, Meiningen, Reuß j. L. und Schwarzburg-Rudolſtadt ſoll die Wegnahme des Stückes während der Friſt erfolgen. Doch wird dies nicht ſo verſtanden werden können, daß, wenn der Wegnahme widerſprochen wird, das Recht zu derſelben nicht durch Erhebung der Klage gewahrt würde. In Braunſchweig muß der Eigenthümer innerhalb der Friſt ſein Recht vor der Kreisdirektion geltend machen und binnen einer von der letzteren zu beſtimmenden Friſt die Herſtellung des früheren Zuſtandes bewirken.

Der Entwurf erkennt in Anbetracht der rein privatrechtlichen Natur der geltend zu machenden Rechte als dinglich wirkſam nur eine durch Erhebung der Klage ſich bethätigende Geltendmachung an. Die Klage gehört vor das ordentliche Gericht, ſofern nicht nach dem bezüglichen Landesrechte die Zuſtändigkeit eines Verwaltungsgerichtes oder einer Verwaltungsbehörde begründet iſt[1]). Ihr Zweck wird in der Regel die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe des fremden Erdkörpers ſein. Doch iſt die Erhebung der Feſtſtellungsklage nicht ausgeſchloſſen; die Gefahr eines längeren Schwebezuſtandes iſt in dieſem Falle nicht zu befürchten, da im natürlichen Laufe der Dinge die Ununterſcheidbarkeit des Erdkörpers von dem Grundſtücke binnen kurzer Zeit eintreten wird und damit die Vindikation wegfällt. Dagegen würde der Zweck, welchen die Vorſchrift des § 786 erſtrebt, nur in höchſt unvollkommener Weiſe erreicht werden, wenn man beſtimmte, daß die Rechte an dem losgeriſſenen Körper auch durch eine entſprechende Erklärung des Eigenthümers oder durch ein Anerkenntniß des anderen Theiles gewahrt würden. Verhandlungen der Betheiligten, die nicht zur Zurücknahme des Erdkörpers führen, können nur obligatoriſche Bedeutung haben. Die Rechtsfolgen der Zurücknahme aber ſind ſo zweifellos, daß ſie in dem Geſetze nicht hervorgehoben zu werden brauchen.

6. Das einheitliche Grundſtück.

a) Das einfache und das zuſammengeſetzte Grundſtück.

§ 787.

α. Wenn die Grundſtücke in dem § 781 als unbewegliche Sachen bezeichnet werden, ſo fragt es ſich, wie die Anwendung des Sachbegriffes auf ſie zu denken, was unter „Grundſtück" zu verſtehen iſt. Die §§ 782—786 ergeben, daß ein körperlicher Gegenſtand, um als Sache im Sinne des § 778 zu gelten, eine ſelbſtändige d. h. von anderen Sachen unabhängige Exiſtenz haben muß. Die Grundſtücke aber vermögen bei dem körperlichen Zuſammenhange, in welchem ſie mit einander ſtehen, dieſem Erforderniſſe nur dadurch zu genügen, daß ſie auf der Oberfläche durch Grenzlinien unterſchieden werden. α. Das einfache Grundſtück.

[1]) Gerichtsverfaſſungsgeſ. § 13.

Zwar sind sie im Eingange der Begründung des § 786 als Erdausschnitte aufgefaßt. Allein ein solcher Ausschnitt tritt doch in die äußere Erscheinung nur durch die Begrenzung seiner Oberfläche, und wenn man die diese Begrenzung bildende Linie kennt, so lassen sich ohnehin die Seitenflächen, welche ihn in der Tiefe von den neben ihm befindlichen Ausschnitten trennen, auf mathematischem Wege ermitteln. Das einzelne Grundstück muß daher, um rechtlich als Sache angesehen werden zu können, als ein räumlich abgegrenzter d. h. von einer in sich zurücklaufenden Grenzlinie umschlossener Flächenabschnitt sich darstellen. Nur unter dieser Voraussetzung ist es ein möglicher Gegenstand des Eigenthumes, der begrenzten Rechte und der Inhabung. Eine Definition des hieraus sich ergebenden Grundstücksbegriffes eignet sich jedoch zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht.

Geometrische Aufnahme der Grundstücksgrenzen.

Ein Sachenrecht, welches auf dem Grundbuchsysteme beruht, muß davon ausgehen, daß die Grundstücke, auf welche seine Vorschriften berechnet sind, mit denjenigen Abschnitten der Bodenfläche sich decken, welche das Grundbuch als die Gegenstände der dinglichen Rechte ausweist. Das Grundbuch ist deshalb so anzulegen und einzurichten, daß die einzelnen Flächenabschnitte in einer dem Grundstücksbegriffe entsprechenden Begrenzung gebucht werden. Hierzu bedarf es aber vor Allem einer geometrischen Aufnahme dieser Abschnitte durch Ermittelung und Feststellung der durch die Vielheit der Eigenthumsrechte bestimmten Grenzen.

Wirft man freilich einen Blick auf die älteren Einrichtungen, so findet man, daß dieselben nicht auf einer solchen Grundlage beruhen. Es sind in den Büchern meist nur gewisse Merkmale angegeben, an welchen der mit den lokalen Verhältnissen Vertraute die verschiedenen Grundstücke im Allgemeinen erkennen kann, so insbesondere der Name des Grundstückes, die Polizeinummer, welche dasselbe führt, die festen Scheidungen, welche durch Straßen, Flüsse ꝛc. gebildet werden, oder die Nachbargrundstücke. Zu einer Zeit, in welcher die geschlossenen Grundstücke überwogen und die Veräußerung eines Gutes oder eines Hauses ein nicht gerade häufiges Geschäft war, mag die Unvollkommenheit, welche jenen Einrichtungen anhaftet, weniger scharf empfunden worden sein. Als aber die Bodenzersplitterung zunahm und ein lebhafter Verkehr in Grundstücken sich entwickelte, machte sich immer zwingender das Bedürfniß geltend, eine feste und sichere Grundlage für die Grenzen der Grundstücke zu gewinnen. Eine solche Grundlage fand sich insbesondere in der zur Einführung bezw. zur Regulirung der Grundsteuer erforderlichen Landesvermessung. Bei diesem Geschäfte werden die den Eigenthumsverhältnissen entsprechenden Grenzen der Flächenabschnitte und damit die Lage und Größe der letzteren geometrisch ermittelt, auf Karten bildlich dargestellt und in topographischen Grundstücksverzeichnissen (Flurbüchern, Lagerbüchern, Fundbüchern, Meßregistern ꝛc.) amtlich beurkundet. Die Beurkundung geschieht unter fortlaufenden Nummern, so zwar, daß jeder Flächenabschnitt, der nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung ein Grundstück bildet, unter einer besonderen Nummer aufgeführt wird. Mit diesen Verzeichnissen, für welche sich der in dem größten Theile des Reiches gebräuchliche und leicht verständliche Name „Flurbuch“ empfiehlt, ist in den meisten Staaten, welche in neuerer Zeit zu dem Grundbuchsysteme

Karten und Flurbücher als Voraussetzung der Grundbucheinrichtung.

übergegangen sind, das Grundbuch dergestalt in Verbindung gebracht, daß es sich in der Bezeichnung des Gegenstandes der dinglichen Rechte an das Flurbuch anschließt und, da es selbst eine genaue Kartirung seines Bezirkes nicht enthalten kann, auf die Einzelgrundstücke in derjenigen Abgrenzung verweist, welche die als Grundlage benutzte Kartirung und Katastrirung ergiebt, d. h. auf die einzelnen Nummern des Flurbuches; so namentlich in Preußen, Sachsen, Altenburg, Coburg-Gotha, Sondershausen, Waldeck und Pyrmont, Reuß ä. und j. L., Schaumburg-Lippe, Lippe-Detmold. Die oldenburgischen Grundbücher verweisen auf die Mutterrolle, die indessen auf das Flurbuch sich gründet, die braunschweigischen in der Regel auf den Separationsrezeß. Auch in Mecklenburg sowie in Hamburg und Lübeck wird die Landesvermessung, wenn auch nur in Ansehung eines Theiles der Grundstücke, für die Buucheinrichtungen verwerthet. Nicht minder beziehen sich in Württemberg die Güterbücher auf die Meßregister (Primärkataster), in Baden die Grundbücher auf die Lagerbücher, in Hessen die Grundbücher auf die Flurbücher, in Weimar die Hypothekenbücher auf die Fundbücher und in Meiningen die Grundbücher auf die Flurbücher. In anderen Staaten, z. B. in Bayern, werden freilich die Hypothekenbücher unabhängig von den Katastereinrichtungen geführt. Allein diese Einrichtungen selbst sind hier wie fast überall im Reiche vorhanden, und wenn auch in einigen Gebieten der Anlegung des Grundbuches eine Neuvermessung vorangehen muß, so wird hieraus doch ein Bedenken gegen die Durchführbarkeit des Systemes nicht hergeleitet werden können.

Die Flurbuchsnummer.

Der Entwurf kann nach dem Entwickelungsgange, welchen die Grundbucheinrichtungen in neuerer Zeit genommen haben, nur mit einem solchen Grundbuche rechnen, welches in der Bestimmung des Gegenstandes der dinglichen Rechte sich nach der in dem Flurbuche enthaltenen Beurkundung der Landesvermessung richtet[1]). Die Vorschriften der Grundbuchordnung werden demnach ergeben, daß das Grundbuch die allgemeine Aufnahme der Grundstücksgrenzen in öffentlichen Urkunden (Karten und Flurbüchern) zur Voraussetzung hat[2]). An dieser Stelle dagegen ist der aus dem Verhältnisse des Grundbuches zu dem Flurbuch folgende materielle Rechtssatz auszusprechen, daß jedes Grundstück, welches im Flurbuche eine besondere Nummer führt, als ein einheitliches Grundstück anzusehen ist (§ 787 Abs. 1).

Die Konsequenz hiervon ist die, daß über einen Theil des Grundstückes mit dinglicher Wirkung nur verfügt werden kann, wenn dasselbe vorher im Flurbuche nach Einzeichnung der neuen Grenze zwei Nummern erhalten hat. Für das bisherige Recht ist freilich diese Konsequenz nicht überall anerkannt. Nach dem württembergischen und den hessischen Gesetzen werden Flächentheile eines einheitlichen Grundstückes als ein selbständiger Gegenstand der Hypothekbestellung angesehen[3]), und auch in Preußen hat unter der Herr-

Verfügung über einen Grundstückstheil.

---

[1]) Vergl. oben S. 19—21.

[2]) Anm. I zu § 787.

[3]) Römer, das württemb. Unterpfandsrecht § 22 S. 116; Müller, das hess. Pfandrecht § 16 Note 12 S. 48, § 34 S. 85.

schaft der Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872 diese Auffassung Vertreter gefunden[1]). Allein ein praktisches Bedürfniß für Hypotheken, welche nicht das ganze Grundstück ergreifen, wird keinesfalls nachgewiesen werden können. Wohl aber steht denselben das Bedenken entgegen, daß eine verschiedene Belastung der verschiedenen Flächentheile eines Grundstückes die Grundbuchführung und das Zwangsversteigerungsverfahren erschweren und Verwirrungen anzurichten geeignet ist. Die Gesetzgebung hat sich denn auch in mehreren Staaten ausdrücklich gegen die Eintragung von Hypotheken auf einzelne Grundstückstheile erklärt, so namentlich in dem Königreiche Sachsen und in Hamburg[2]).

Der Entwurf leitet seine Vorschriften über die begrenzten Rechte überall mit einem Satze ein, welcher als den Gegenstand der Belastung „ein Grundstück" bezw. „eine Sache" bezeichnet[3]). Damit ist vom Standpunkte des materiellen Rechtes die selbständige Belastung eines im Flurbuche nicht unter einer besonderen Nummer aufgeführten Flächentheiles ausgeschlossen, da ein solcher Theil dem Begriffe des einheitlichen Grundstückes im Sinne des § 787 Abs. 1. nicht unterstellt werden kann. Das bürgerliche Gesetzbuch braucht jedoch diese Konsequenz nicht auszusprechen. Vielmehr genügt es, wenn das Verfahren in der Grundbuchordnung so geregelt wird, daß die Vorschriften derselben über die Unzulässigkeit der (selbständigen) Belastung eines Grundstückstheiles keinen Zweifel lassen[4]).

Flächenabschnitte als Bestandtheile des Grundstückes.

Hieraus ist aber nicht der Schluß zu ziehen, daß die einzelnen Flächentheile, in welche man ein Grundstück zerlegen kann, als wesentliche Bestandtheile desselben zu betrachten seien. Der Natur der Dinge entspricht es wohl, jene Theile im Allgemeinen als Bestandtheile, nicht aber, dieselben als wesentliche Bestandtheile des Grundstückes anzusehen. Wollte das Gesetz positiv das Letztere vorschreiben, so würde die Folge eintreten, daß alle Grundbuchoperationen, welche auf einen noch nicht im Flurbuche unter eine eigene Nummer gebrachten Flächenabschnitt sich bezögen, von Nichtigkeit betroffen würden, weil der Flächenabschnitt vor seiner Ausscheidung einem selbständigen Rechtsschicksale nicht unterworfen werden könnte. Gewiß ist auch dahin zu wirken, daß die Ausscheidung im Flurbuche und die Erhebung des ausgeschiedenen Flächenabschnittes zu einer neuen Grundstückseinheit der in Ansehung derselben vorzunehmenden Grundbuchoperation vorausgeht. Dieses Ergebniß aber wird sich auf dem weniger einschneidenden und deshalb vorzuziehenden Wege einer in die Grundbuchordnung aufzunehmenden Ordnungsvorschrift erreichen lassen.

β Das zusammengesetzte Grundstück.

β. Der Begriff des einheitlichen Grundstückes erleidet in Preußen, Sachsen, Oldenburg und anderen Staaten eine Erweiterung dadurch, daß mehrere Grundstücke, von welchen an sich jedes selbständig bezw. unter einer

---

[1]) Bahlmann, Grundbuchrecht 3. Aufl. S. 108. Dagegen Förster, preuß. Priv. R. § 192 Note 32, 4. Aufl. (Eccius) 3 S. 471 Note 36.

[2]) Siehe für Sachsen das Gesetz v. 6. Nov. 1843 § 53 und das bürgerl. G. B. § 388, für Hamburg das Gesetz v. 4. Dez. 1868 § 12.

[3]) §§ 952, 961, 966, 980, 1044, 1051, 1062, 1135.

[4]) Anm. 1 zu § 787.

besonderen Nummer im Flurbuche aufgeführt ist, zu einem einheitlichen Gutsverbande vereinigt werden können. Die so mit einander verbundenen Grundstücke bekunden ihre wirthschaftliche Zusammengehörigkeit regelmäßig schon durch eine auf dieselbe hinweisende Bezeichnung, wie Rittergut, Bauergut, Ackerhof, Wirthschaft, Stelle, Nahrung ꝛc., und daß die betheiligten Volkskreise hieran festhalten, ersieht man daraus, daß in Kauf-, Pacht- und sonstigen Verträgen die wirthschaftliche Einheit als Gegenstand des Rechtsgeschäftes behandelt wird. Die rechtliche Zusammengehörigkeit einer solchen Einheit bethätigt sich darin, daß einerseits gewisse Rechte, wie Grunddienstbarkeiten, Patronat ꝛc., nicht den einzelnen Grundstücken, sondern dem von demselben gebildeten Ganzen zugeschrieben werden, andererseits aber auch dieses Ganze als Gegenstand des Eigenthumes und der begrenzten Rechte aufgefaßt wird. Demgemäß wird in den gedachten Staaten das Grundbuch über das Gut, den Hof, die Stelle ꝛc. geführt, und die Grundstücke, welche zu einer derartigen Einheit verbunden sind, werden lediglich als Bestandtheile derselben behandelt[1]).

Die hohe Bedeutung, welche diese Güter ꝛc. für das wirthschaftliche Leben im Norden und Osten des Reiches haben, entspricht vollkommen der großen Anzahl, in welcher sie dort vorhanden sind. Die Einrichtung ist so eng mit den Rechtsanschauungen und den Geschäftsgewohnheiten der Bevölkerung verknüpft, daß nicht daran gedacht werden kann, ihr die Stütze, welche ihr das geltende Grundbuchrecht gewährt, durch das bürgerliche Gesetzbuch zu entziehen. Das Bedürfniß, ihr in demselben Rechnung zu tragen, ist um so dringender, je augenscheinlicher es ist, daß sie die Anlegung und Führung der Grundbücher erleichtert und die sachenrechtlichen Geschäfte vereinfacht. Der Entwurf gestattet deshalb, mehrere Grundstücke, von welchen jedes im Flurbuche seine eigene Nummer hat, im Grundbuche als ein einheitliches Grundstück mit der Wirkung zu buchen, daß die einzelnen Grundstücke als nicht wesentliche Bestandtheile des einheitlichen Ganzen in gleicher Weise gelten, wie die einzelnen Flächentheile eines unter einer Nummer im Flurbuche aufgeführten Grundstückes. Dies ist die Bedeutung des zweiten Absatzes des § 787.

γ. Vereinigung verschieden belasteter Grundstücke

γ. Das Verhältniß, in welchem die Flächentheile eines einheitlichen Grundstückes der einen oder der anderen Art zu dem Ganzen stehen, schließt die Anwendung des § 782 auf diese Theile aus. Die Folge hiervon ist die, daß, wenn zwei verschieden belastete Grundstücke zu einem einzigen vereinigt werden, die Verschiedenheit der Belastung an den nunmehrigen Bestandtheilen des letzteren sich fortsetzt. Daraus ergeben sich dann für die Buchführung und das Zwangsversteigerungsverfahren die Uebelstände, welche oben S. 56 hervorgehoben worden sind. Es kann sich deshalb fragen, ob es nicht besser wäre, nach dem Vorgange des bayr. Hypoth. Ges. § 36 und des hamb. Grundb. Ges. § 16 positiv zu bestimmen, daß in dem vorausgesetzten Falle das eine Grundstück mit dem anderen nicht vereinigt bezw. demselben nicht zugeschrieben werden dürfe. Die Bedeutung einer solchen Bestimmung in dem bürgerlichen Gesetz-

[1]) Preuß. Grundb. O. v. 5. Mai 1872 §§ 4, 8, 25; oldenb. Grundb. O. v. 3. April 1876 §§ 3, 6, 16; braunschw. Grundb. O. v. 8. März 1878 § 2 und Instr. v. 26. April 1878 § 9; sächs. G. B. § 64 und Verordn. v. 9. Jan. 1865 § 124.

buche würde die sein, daß jede derselben zuwiderlaufende Zuschreibung nichtig wäre. Ein so scharfer Eingriff in die rechtlichen Beziehungen der Betheiligten ist jedoch nicht erforderlich, um den mit einer nicht einheitlichen Belastung des Grundstückes verbundenen Uebelständen zu begegnen. Vielmehr würde hierzu eine Ordnungsvorschrift genügen, welche ihre Stellung in der Grundbuchordnung zu finden hätte. Der letzteren muß daher die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob es nöthig ist, die Buchung verschieden belasteter Grundstücke als eines einheitlichen Grundstückes zu untersagen oder an besondere Voraussetzungen zu knüpfen.

5. Abtrennung eines Flächentheiles.

δ. Verfügungen des Eigenthümers über einzelne Flächentheile des Grundstückes sind an sich nur mit der Wirkung zulässig, daß darunter die Rechte Dritter an dem Ganzen nicht leiden. Wenn daher von dem Grundstücke ein Theil abgetrennt bezw. auf dem Grundbuchblatte abgeschrieben und auf ein anderes Blatt übertragen wird, so müssen die bisherigen Belastungen, weil sie an dem Trennstücke sich fortsetzen, auf dessen Blatt mit übertragen werden, sofern nicht die Berechtigten in die lastenfreie Abschreibung willigen. Das geltende Recht hat indessen diese aus dem Wesen der dinglichen Rechte sich ergebende Folgerung nicht ausnahmslos durchgeführt.

In Bayern konnte schon nach dem Hypothekengesetze v. 1. Juni 1822 § 37 im Falle des Tausches von Grundstücken bei Grenzregulirungen die fehlende Einwilligung der Gläubiger durch das zuständige Gericht ergänzt werden[1]). Für den größten Theil Preußens gestattete das Gesetz v. 13. April 1841 dem Grundeigenthümer ganz allgemein den Austausch einzelner Gutsparzellen gegen andere Grundstücke und machte das Ausscheiden des Trennstückes aus dem bisherigen Realverbande ohne Zustimmung der dinglich Berechtigten ꝛc. nur davon abhängig, daß die Unschädlichkeit des Austausches für dieselben bei landschaftlich beliehenen Grundstücken von der Kreditdirektion, bei anderen Grundstücken von der Auseinandersetzungsbehörde bezeugt würde. Ein Gesetz v. 3. März 1850 hat den Verkauf kleinerer Parzellen den nämlichen Grundsätzen unterworfen und die Befugniß dazu auch den Lehns- und den Fideikommißbesitzern beigelegt. Im Einklange hiermit steht das Gesetz v. 27. Juni 1860, betr. die Abänderung des Gesetzes v. 13. April 1841. Auf Grund des Unschädlichkeitszeugnisses werden nach der Grundb. O. v. 5. Mai 1872 § 71 im Grundbuche die Trennstücke unbelastet abgeschrieben oder der Umtausch vermerkt. Nach der oldenb. Grundb. O. v. 3. April 1876 § 58 wird das Zeugniß von dem zuständigen Verwaltungsamte ertheilt. Das sächsische Recht gestattet die Abtrennung eines Theiles von einem mit Hypotheken belasteten Grundstücke nur mit Einwilligung der Gläubiger. Das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 bestimmte indessen unter §§ 56—64: Die Einwilligung kann von dem Richter ergänzt werden, wenn nach dessen pflichtmäßigem Ermessen eine Gefährdung der Gläubiger aus der Abtrennung offenbar nicht entstehen kann. Die Ergänzung ist in der Regel unstatthaft, wenn ihr von dem Berechtigten widersprochen wird. Die erklärte oder ergänzte

[1]) Jetzt entscheiden die Arrondirungs-, Vermarkungs- ꝛc. Gesetze. Roth, bayr. Civ. R. §§ 118, 122, 195.

Einwilligung wirkt als Verzicht auf das dingliche Recht an dem Trennstücke[1]). Diese Sätze sind inhaltlich mit der Abweichung, daß die Einwilligung von der „zuständigen Behörde" ergänzt wird, in das sächs. G. B. §§ 419 und 420 sowie in das Immobiliengesetz für Reuß ä. L. §§ 59 ff. übergegangen.

Diesen Bestimmungen gegenüber fragt es sich, ob auch das bürgerliche Gesetzbuch eine entsprechende Vorschrift geben soll. Gewiß ist, daß eine solche im Allgemeinen für die gedachten Gebiete in hohem Maße zweckmäßig sein würde, um die im wirthschaftlichen Interesse oftmals nothwendige Abtrennung kleiner Parzellen von Grundstücken nicht an dem Eigensinne oder gar der Chikane der dinglich Berechtigten oder auch nur den mit der Einholung der Genehmigung derselben verbundenen kostspieligen Weiterungen scheitern zu lassen. Sieht man dagegen auf andere Gebiete, namentlich solche, in welchen die Bodenzersplitterung weit vorgeschritten ist, so ergiebt sich vielleicht, daß für dieselben das Bedürfniß einer von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichenden Vorschrift nicht besteht und die Angemessenheit einer solchen bestritten werden kann. Wenn aber das bürgerliche Gesetzbuch die lastenfreie Abschreibung eines Trennstückes zuließe, falls die Unschädlichkeit der Veräußerung oder des Austausches für die Berechtigten von der zuständigen Behörde bezeugt würde, so stände reichsrechtlich fest, daß die Bundesstaaten, für welche hierin eine Neuerung läge, einerseits gezwungen wären, Behörden zu bezeichnen, welche die Unschädlichkeit der Abtrennung zu bezeugen hätten, andererseits aber hierauf sich beschränken könnten. Dann wäre die lastenfreie Abveräußerung von Parzellen ohne Weiteres zulässig, wenn nur das Unschädlichkeitszeugniß dem Grundbuchamte eingereicht würde. Dies wäre aber überaus bedenklich. Das Interesse des Realkredites fordert dringend, daß die Unschädlichkeit einer Abtrennung nicht in das freie Ermessen einer Behörde gestellt, sondern an bestimmte, die Rechte der Betheiligten schützende Voraussetzungen geknüpft wird; namentlich wird es kaum zu umgehen sein, das Verhältniß des abzuveräußernden Theiles zu dem Restgrundstücke möglichst zu begrenzen und eventuell die Verwendung des für den Theil erlangten Aequivalentes zur Werthsausgleichung sicher zu stellen. In Preußen sind diese und andere Punkte durch die erwähnten Gesetze geregelt. Auch das bürgerliche Gesetzbuch würde Vorschriften in der angedeuteten Richtung geben müssen, wenn es überhaupt auf die Sache eingehen wollte. Dies erscheint aber nicht räthlich. Denn sachgemäß kann die erforderliche Regelung nur im Wege der Landesgesetzgebung erfolgen, weil die thatsächlichen Verhältnisse, an welche sie sich anzupassen hat, in den einzelnen Staaten sehr verschieden sind. Es bedarf deshalb eines entsprechenden Vorbehaltes, der aber nicht in das bürgerliche Gesetzbuch, sondern in das Einführungsgesetz gehört[2]).

a. Theilungsbefugniß des Eigenthümers.

a. Der Eigenthümer kann kraft seines Eigenthumes das Grundstück theilen[3]), d. h. einen im Flurbuche unter einer besonderen Nummer auf-

[1]) Ebenso die betr. Gesetze für Altenburg §§ 58 ff., Sondershausen §§ 54 ff. und Reuß j. L. §§ 57 ff.

[2]) Anm. 11 zu § 787.

[3]) Vergl. § 848.

zuführenden bezw. bereits aufgeführten Flächenabschnitt im Grundbuche abschreiben und als selbständiges Grundstück buchen lassen. In einigen Bundesstaaten bestehen jedoch gesetzliche Vorschriften, durch welche die Zertheilung gewisser Grundstücke verboten oder erschwert wird; so namentlich in Anhalt, Altenburg, Hamburg, Reuß j. L., Lippe-Detmold, Waldeck, Schaumburg-Lippe und dem oldenburgischen Fürstenthume Lübeck[1]). Der Entwurf hat keine Veranlassung, die Aufnahme derartiger Vorschriften in das bürgerliche Gesetzbuch vorzuschlagen[2]). Die privatrechtlichen Zertheilungsverbote fallen daher insoweit weg, als sie nicht in Rechtsinstituten sich gründen, deren Regelung den Landesgesetzgebungen vorbehalten bleibt. Soweit dagegen die Zertheilungsbefugniß des Eigenthümers im öffentlichen Interesse beschränkt ist, bedingt der Zweck des Gesetzbuches einen Eingriff in die betreffenden Landesrechte nicht. Das Einführungsgesetz wird daher bestimmen, daß die Landesgesetze unberührt bleiben, welche die Zertheilung gewisser Grundstücke im öffentlichen Interesse untersagen oder beschränken[3]).

b) Rechte als Grundstücksbestandtheile.

§ 788.

Mit dem Eigenthume an einem Grundstücke können gewisse andere Rechte dergestalt verbunden sein, daß sie dem jeweiligen Eigenthümer des Grundstückes zustehen[4]). Sie sind zum Theil öffentlichrechtlicher Natur, wie das Patronatsrecht, das Recht auf Sitz und Stimme in einer politischen Körperschaft (Landtag ꝛc.), die gutsherrliche Polizei. Aus dem Gebiete des Privatrechtes gehören hierher das dingliche Vorkaufsrecht, die Grunddienstbarkeiten und die Reallasten[5]). Subjekt des Vorkaufsrechtes kann nicht blos eine bestimmte Person, sondern auch der jeweilige Eigenthümer eines Grundstückes sein. Dasselbe gilt von den Reallasten. Bei den Grunddienstbarkeiten ist der Berechtigte immer der Eigenthümer des Grundstückes, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit bestellt ist.

Vom Standpunkte des geltenden Rechtes ist es fraglich, ob das mit dem Eigenthume verbundene Recht als Zubehör oder als Bestandtheil des Grundstückes zu behandeln ist. Nach dem Entwurfe indessen muß die Eigenschaft als Zubehör verneint werden, weil die Uebertragung des Zubehörbegriffes auf ein solches Recht erfordern würde, das dasselbe nicht nur dem Grundstücke bleibend zu dienen bestimmt, sondern auch in ein dieser Bestimmung entsprechendes äußeres Verhältniß gebracht wäre, dieses Erforderniß aber bei

---

[1]) Vergl. für Waldeck Ges. v. 24. Sept. 1851, für Altenburg Ges. v. 9. April 1859, für Lippe-Detmold Verordn. v. 23. März 1864, für Schaumburg-Lippe Ges. v. 11. April 1870, für Reuß ä. L. Ges. v. 20. Februar 1875.

[2]) Die §§ 854 und 949 gehören nicht hierher.

[3]) Anm. III zu § 787.

[4]) Preuß. A.L.R. I, 2 §§ 125, 127—129; Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc v. 5. Mai 1872 § 30 und Grundb. O. §§ 5—7; sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 115 und 124 Nr. 6; vergl. auch den hess. Entw. II, 1 Art. 13 Abs. 2.

[5]) §§ 952 (2), 966, 967, 974, 1051.

Rechten meist nicht zutreffen wird. Bestandtheil des Grundstückes ist freilich das Recht ebenfalls nicht; denn auch der Bestandtheilsbegriff bezieht sich nur auf Sachen. Allein andererseits ist doch nicht zu verkennen, daß ein Recht, so lange es mit dem Eigenthume an einem Grundstücke verbunden ist, begriffsmäßig dem Grundstücke folgen und von allen dasselbe treffenden Verfügungen mitergriffen werden muß[1]). Es ist daher, obschon es an und für sich ein Bestandtheil des Grundstückes nicht ist, doch rechtlich ebenso wie ein nicht wesentlicher Bestandtheil desselben zu behandeln.

7. Zubehör.

a) Begriff des Zubehöres.

§ 789.

Definition.

Gewisse Sachen, die an sich völlig selbständig sind, stehen doch mit einer anderen Sache, ohne Bestandtheile derselben zu sein, in einem solchen Verhältnisse, daß sie im Verkehre als zu dieser Sache gehörig angesehen werden. Die hierauf beruhende Unterscheidung zwischen Hauptsache und Nebensache veranschaulicht die Eigenschaft der letzteren als Zubehör[2]) [Zubehörung[3]), Pertinenz] der ersteren. Der Zubehörbegriff selbst indessen ist nicht so zweifelsfrei, daß auf seine Definition in dem bürgerlichen Gesetzbuche verzichtet werden könnte. Es ist freilich behauptet worden, die ganze Pertinenzlehre sei zu beseitigen, weil sie nur bezwecke, dem eine Sache betreffenden Rechtsgeschäfte die Auslegung zu sichern, daß dasselbe sich auch auf das Zubehör der Sache beziehe, eine diesem Zwecke entsprechende Regel aber entbehrlich sei[4]). Allein der Entwurf stellt gerade eine solche Auslegungsregel auf (§ 790), indem er davon ausgeht, daß dieselbe zur richtigen Bestimmung des Gegenstandes der gedachten Geschäfte im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich sei. Es bedarf deshalb schon aus diesem Grunde einer Erklärung des Wortes „Zubehör", ganz abgesehen davon, daß dieselbe zum Verständnisse aller übrigen Vorschriften, in welchen das Gesetz von Zubehör redet[5]), unerläßlich erscheint. Zur Rechtfertigung der Begriffsbestimmung, welche der § 789 giebt, ist Folgendes zu bemerken:

1. Der Entwurf hebt den Gegensatz zwischen Zubehör und Bestandtheil ausdrücklich hervor. Er folgt hierin den Definitionen des sächs. G. B. § 65 und des bayr. Entw. I Art. 149, welche in diesem Punkte mit dem röm. Rechte[6]) übereinstimmen. Auch in dem preuß. A. L. R. I, 2 § 42, ist jener Gegensatz dadurch angedeutet, daß die Möglichkeit eines selbständigen Bestehens der Nebensache gegenüber der Hauptsache zum Begriffe des

1. Unterschied zwischen Zubehör und Bestandtheil.

---

[1]) Vergl. die §§ 974, 987, 1051, 1067 (1), 1071.

[2]) H. G. B. Art. 443, preuß. A. L. R. I, 2 § 42.

[3]) Sächs. G. B. § 65, hess. Entw. II, 1 Art. 13 ff. In dem württemb. Pfandges. Art. 3 und dem bayr. Entw. I Art. 150 heißt es „Zugehörungen".

[4]) Göppert, organische Erzeugnisse S. 58 ff.

[5]) Siehe §§ 478, 1067 (3), 1068, 1074.

[6]) Windscheid § 143.

Zubehöres gerechnet wird. An anderen Stellen freilich sind die Begriffe „Zubehör" und „Bestandtheil" ebensowenig auseinandergehalten [1]) wie in dem franz. G. B. [2]).

Der Unterschied zwischen beiden ist darauf zurückzuführen, daß die Bestandtheile einer Sache zur Vollendung derselben dienen, die Nebensachen dagegen, unter Wahrung ihrer Selbständigkeit, der Hauptsache hinzugefügt sind, weil diese sonst ihrer wirthschaftlichen Bestimmung nur unvollkommen entsprechen würde. Die Bestandtheile werden von den auf die Sache sich beziehenden Geschäften begriffsmäßig getroffen, so zwar, daß die Rechte, welche an der Sache erworben werden, damit auf jeden Bestandtheil derselben sich erstrecken. Das Zubehör dagegen folgt an sich nur den obligatorischen Beziehungen der Hauptsache. Das Gesetz kann natürlich bestimmen, daß ein an der letzteren begründetes Recht auch das Zubehör derselben ergreife. Allein wo eine solche Bestimmung fehlt, theilen die Zubehörstücke das sachenrechtliche Schicksal der Hauptsache nur insoweit, als in Ansehung ihrer die Voraussetzungen erfüllt sind, von welchen das Gesetz den Rechtserwerb abhängig macht; die Zubehöreigenschaft einer Sache ist daher namentlich für die Vindikation derselben gleichgültig. Was von dem Rechtserwerbe gilt, trifft nicht minder für die Erwerbung des Besitzes und der Inhabung zu.

2 Bestimmung der Nebensache für die Zwecke der Hauptsache.

2. Damit eine Sache als Zubehör einer anderen angesehen werden kann, ist vor Allem erforderlich, daß sie derselben **bleibend zu dienen bestimmt** ist. Nach gemeinem Rechte scheint dies nicht zweifelhaft zu sein [3]). In dem bayr. Entw. I Art. 149 ist es ausdrücklich gesagt, und dem sächs. G. B. liegt die nämliche Auffassung zu Grunde. Dagegen rechnet das preuß. A. L. R. zum Zubehör eines Grundstückes verschiedene Sachen, welchen jene Bestimmung nicht beiwohnt, z. B. stehende und hängende Früchte [4]). Es erklärt sich dies daraus, daß in dem A. L. R. das Zubehör nicht den Bestandtheilen, sondern der Substanz der Sache gegenübergestellt wird.

Sachen, welche der Eigenthümer der Hauptsache nur zu seinem persönlichen Gebrauche mit derselben in Verbindung gebracht hat, sind nicht Zubehör [5]). Wenn aber einmal die Erfordernisse des Zubehörbegriffes vorhanden sind, so kommt es nicht darauf an, ob der Eigenthümer der Hauptsache zugleich Eigenthümer der Nebensache ist. In dem preuß. A. L. R. I, 2 §§ 60 und 108 freilich wird den nicht dem Eigenthümer der Hauptsache gehörenden Gegenständen die Pertinenzeigenschaft abgesprochen. Allein dies folgt nicht aus dem Zubehörbegriffe, da nichts entgegensteht, daß auch ein Anderer als der Eigenthümer die zur Herstellung des Zubehörverhältnisses erforderliche Absicht haben kann [6]).

---

[1]) Die weiteren Erörterungen werden dies bestätigen.

[2]) Code civil Art. 522 ff.; vergl. auch den hess. Entw. II, 1 Art. 13 ff. und das österr. G. B. §§ 293 ff.

[3]) Windscheid § 143 Note 4; Dernburg, Pand. § 77.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 2 § 45.

[5]) Preuß. A. L. R. § 81; bayr. Entw. I Art. 151.

[6]) Die Sachen, über welche der Entw. in dem § 785 Bestimmung trifft, sind nicht Zubehör des Grundstückes, weil sie demselben nicht **bleibend** dienen sollen.

3. Ein weiteres Erforderniß des Zubehörbegriffes ist nach dem geltenden Rechte, daß die Nebensache in ein ihrer Bestimmung für die Zwecke der Hauptsache entsprechendes äußeres Verhältniß zu derselben gebracht ist[1]). Körperliche Verbindung beider Sachen mit einander wird nicht verlangt. Vielmehr genügt die Herstellung eines Verhältnisses, welches jene Bestimmung der Nebensache thatsächlich verwirklicht. 3. Aeußeres Verhältniß.

4. Für das gemeine Recht ist neuerdings in die Definition des Zubehöres noch das Moment aufgenommen, daß die Nebensache nach der Verkehrsauffassung als in der Hauptsache begriffen angesehen werde[2]). In der That werden in vielen Fällen nur die Lebens- und Geschäftsgewohnheiten darüber Auskunft geben können, ob eine Sache bleibend einer anderen zu dienen bestimmt ist. Ein Beispiel hierfür zeigt sich in dem Verhältnisse der Oefen zum Hause. Dieselben haben, wenn man von den Fällen absieht, in welchen sie nach § 783 Abs. 2 Bestandtheile des Hauses sind, an sich die Eigenschaft des Zubehöres. In einigen Gegenden Deutschlands indessen ist es üblich, daß die Wohnungen ohne Oefen vermiethet, die letzteren mithin von den Miethern beschafft werden. Wo dieser Gebrauch besteht, haben die Oefen regelmäßig nicht die Eigenschaft als Zubehör, obschon die äußerlichen Merkmale desselben bei ihnen vorhanden sind. Wenn daher das Gesetz für derartige Verhältnisse nicht zu unrichtigen Ergebnissen führen soll, darf es die Verkehrssitte nicht unberücksichtigt lassen. Es wäre aber nicht angemessen, wenn im einzelnen Falle die Zubehöreigenschaft von einer ihr entsprechenden Sitte abhinge, so zwar, daß derjenige, welcher auf sie sich beruft, die Sitte zu beweisen hätte. Das praktische Bedürfniß erheischt nur, daß eine Sache dann nicht als Zubehör einer anderen behandelt wird, wenn ihr die Verkehrssitte diese Eigenschaft abspricht. 4. Verkehrsauffassung.

5. Nach dem preuß. A. L. R. I, 2 § 42 muß die Verbindung einer Sache mit einer anderen, um die erstere zum Zubehöre der letzteren zu machen, eine fortwährende sein. Der Entwurf hat dieses Moment in die Begriffsbestimmung, welche der Abs. 1 des § 789 enthält, nicht aufgenommen. Er geht davon aus, daß, wenn eine im Gesetze angegebene Voraussetzung der Zubehöreigenschaft wegfällt, also namentlich wenn die Verbindung zwischen den beiden Sachen endgültig gelöst wird, das Zubehörverhältniß endigen muß, diese Folgerung aber eine so zweiffellose ist, daß das Gesetz sie nicht auszusprechen braucht. Fraglich kann nur sein, ob die Nebensache ihre Eigenschaft als Zubehör auch dann verlieren soll, wenn sie zu einem nur vorübergehenden Zwecke von der Hauptsache getrennt wird. Diese Frage verneint der Abs. 2 des § 789 im Einklange mit dem geltenden Rechte[3]). 5. Beendigung des Zubehörverhältnisses.

6. Nur eine bewegliche Sache kann Zubehör einer anderen, und zwar sowohl einer beweglichen als auch einer unbeweglichen, sein. Dem 6. Beschr. der Zubehöreigenschaft auf bewegliche Sachen.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 2 § 42; sächs. G. B. § 65; bayr. Entw. I Art. 149.

[2]) Windscheid § 143, im Anschlusse an Göppert.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 2 § 106; sächs. G. B. § 67; bayr. Entw. I Art. 144; hess. Entw. II, 1 Art. 19.

geltenden Rechte indessen sind auch unbewegliche Pertinenzien bekannt[1]). Daß ein Grundstück Zubehör einer beweglichen Sache sein könne, wird freilich nicht aufgestellt. Wohl aber ist es statthaft, einem Grundstücke ein anderes Grundstück als Zubehör zuzuschlagen. Dieser Ausdehnung des Zuhörbegriffes muß jedoch entgegengetreten werden.

Zunächst nämlich ist es fraglich, ob überhaupt die Erfordernisse dieses Begriffes bei dem Verhältnisse zweier Grundstücke zu einander zutreffen können. An sich ist das eine nicht dazu bestimmt, dem anderen zu dienen. Wenn ihm daher diese Bestimmung beigelegt wird, so wird hierdurch ein mehr oder weniger willkürliches Verhältniß geschaffen; man wird nicht selten den wirthschaftlichen Grund dafür vermissen, daß gerade das eine und nicht vielmehr das andere Grundstück als Zubehör gelten soll. Ein äußeres Verhältniß, welches jener Bestimmung entspräche, läßt sich zwischen den Grundstücken, sofern dieselben nicht unmittelbar neben einander liegen, schwerlich herstellen. Das Erforderniß, daß die Nebensache zu der Hauptsache in ein solches Verhältniß gebracht sei, setzt nothwendig voraus, daß sie eine bewegliche Sache ist.

Sodann fehlt aber auch das praktische Bedürfniß für die Zulassung unbeweglicher Pertinenzien. Nach dem bayr. Entw. I Art. 150 sind „Zugehörungen eines Hauses .... dessen Hofraum, die darin stehenden Stallungen, Scheunen und andere Nebengebäude, desgleichen die Brunnen und Hausgärten". Indessen wenn der Hof, der Garten und die Bodenfläche, auf welcher der Brunnen und die Nebengebäude sich befinden, mit dem Platze, auf welchem das Haus erbaut ist, räumlich unmittelbar zusammenhängen, so liegt für die natürliche Anschauung nur Ein Grundstück vor, als dessen Bestandtheile die verschieden bezeichneten Flächen und die auf ihnen errichteten Gebäude und Brunnen sich darstellen. Sind aber die einzelnen Flächen im Flurbuche unter besonderen Nummern aufgeführt, so ist der nämliche Erfolg dadurch zu erreichen, daß sie im Grundbuche als ein einheitliches Grundstück gebucht werden. In dem preuß. A. L. R. I, 2 § 44 ist vornehmlich an den Fall gedacht, daß der Eigenthümer eines Gutes oder eines Hausgrundstückes seiner Besitzung einzelne Aecker, Wiesen ꝛc. hinzufügt. Aber auch in diesem Fall ist es, selbst wenn das hinzugefügte Stück nicht an die Besitzung grenzt, einfacher und angemessener, dasselbe nicht als Zubehör, sondern als Bestandtheil der Besitzung einzuverleiben. Nach dem Grundbuchsysteme des Entwurfes würde in allen Fällen der Eintritt des Zubehörverhältnisses davon abhängig gemacht werden müssen, daß das Nebengrundstück auf dem Blatte des Hauptgrundstückes als dessen Zubehör gebucht würde. Die Konsequenz einer solchen Buchung aber wäre die, daß nicht blos die obligatorischen, sondern auch die dinglichen Geschäfte, welche das Hauptgrundstück beträfen, auf das Zubehörgrundstück sich erstrecken müßten, letzteres mithin die rechtlichen Schicksale des ersteren wie ein Bestandtheil desselben theilte. Wenn aber an die Eigenschaft eines Grundstückes als Zubehör eines anderen sich im Wesentlichen dieselben Rechtsfolgen knüpfen

---

[1]) Windscheid § 143; preuß. A. L. R. I, 2 § 44; sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 111, 112, 123, 129 ff.

wie an die Bestandtheilseigenschaft, so muß die Kategorie der unbeweglichen Zubehörstücke, als der praktischen Bedeutung ermangelnd, aufgegeben werden.

7. Zubehör eines Rechtes.

7. Auf Rechte paßt der Zubehörbegriff an sich nicht[1]). Aus der Vorschrift des § 781 Abs. 2 folgt indessen, daß ein Recht, welches ein Blatt im Grundbuche erhalten kann, von der Ausstattung mit Zubehör nicht ausgeschlossen ist. Bei dieser Folgerung ist es zu belassen, da ein Grund, derselben entgegenzutreten, nicht vorliegt.

b) Auslegungsregel für Rechtsgeschäfte.

§ 790.

Inhalt der Regel.

Die juristische Bedeutung des Zubehörbegriffes wird für das römische Recht darin gefunden, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, auch die Zubehörungen derselben ergreift[2]). Das preuß. A. L. R. stellt a. a. O. unter §§ 105 und 107 folgende zwei Sätze auf: „Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil"; „Mit der Hauptsache geht das Recht auf die Pertinenzstücke, auch auf solche, die nur für einige Zeit von der Sache getrennt worden, auf den neuen Besitzer über". Nach dem sächs. G. B. § 66 erstrecken „rechtliche Verfügungen über eine Sache sich ohne Weiteres auf deren Zubehörungen, selbst wenn letztere nach der Verfügung zur ersteren gekommen sind". Und in dem bayr. Entw. I Art. 149 heißt es: „Die Veräußerung der Hauptsache sowie jede andere Verfügung über dieselbe begreift im Zweifel auch die Zugehörungen, und zwar bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nach dem Bestande derselben zur Zeit der Verfügung".

Die Geschäfte von Todeswegen bleiben hier außer Betracht, weil ihre Regelung nach dem Systeme, welches der vorliegende Entwurf befolgt, dem Erbrechte angehört[3]). Für die Geschäfte unter Lebenden hingegen schließt sich der § 790 den mitgetheilten Sätzen insoweit an, als nach denselben das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft im Zweifel auch auf das zur Zeit seines Abschlusses vorhandene Zubehör der Sache sich erstreckt. Diese Auslegungsregel rechtfertigt sich durch die wirthschaftliche Bedeutung der Nebensache für die Hauptsache. Denn da die letztere ohne die erstere ihre Bestimmung entweder überhaupt nicht, oder doch nicht vollkommen erfüllen kann, so muß vorausgesetzt werden, daß derjenige, welcher eine rechtsgeschäftliche Verfügung in Beziehung auf die Sache trifft, unter der Sache zugleich das Zubehör derselben versteht, sofern er nicht seinen Willen dahin zu erkennen giebt, daß das Geschäft sich auf die Sache ohne Zubehör beschränken solle.

Bedeutung der Regel für das Sachenrecht.

Die Regel, welche demgemäß der § 790 aufstellt, hat jedoch für die sachenrechtlichen Geschäfte nicht die Bedeutung, daß das an einer Sache begründete Recht sich ohne Weiteres auch auf das Zubehör derselben erstreckte[4]). Namentlich ist, wenn ein Grundstück aufgelassen und die Eintragung bewirkt

[1]) Vergl. oben S. 60.
[2]) Windscheid § 143.
[3]) Vergl. § 1859 Abs. 1.
[4]) Vergl. zu § 789 S. 62.

ist, damit nicht auch das Eigenthum an den zu dem Grundstücke gehörigen Sachen auf den Erwerber übergegangen, es sei denn, daß die zur Uebertragung des Eigenthumes dieser Sachen erforderliche Uebergabe vollzogen ist[1]). Die auf einem Grundstücke haftende Hypothek ergreift allerdings nach § 1067 Ziff. 3 auch das jeweilige Zubehör desselben. Allein dies ist eine Besonderheit des Hypothekenrechtes, nicht eine Konsequenz des Zubehörbegriffes. Die Vorschrift des preuß. A. L. R. I, 2 § 105 ist daher vom Standpunkte des Entwurfes als Regel nicht zutreffend. Dasselbe gilt von der in dem sächs. G. B. bestimmten Erstreckung der rechtlichen Verfügung über eine Sache auf die erst später hinzukommenden Pertinenzien. Hält man daran fest, daß es sich hier nur um eine Auslegungsregel für Rechtsgeschäfte handelt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß als Zubehör nur diejenigen Sachen in Betracht kommen, welche diese Eigenschaft zur Zeit der Errichtung des Geschäftes haben.

c) Zubehör eines zu einem gewerblichen Zwecke eingerichteten Gebäudes und eines Landgutes.

§ 791.

Inventar als Zubehör

Der Zubehörbegriff ist in dem preuß. A. L. R. I, 2 §§ 48—102 durch zahlreiche Beispiele erläutert. Die übrigen Kodifikationen sind hierin enthaltsamer[2]). Der Entwurf geht im Allgemeinen davon aus, daß die Begriffsbestimmung, welche der § 789 giebt, genügen wird, um im einzelnen Falle die Frage, was als Zubehör zu betrachten ist, sachgemäß zu beantworten. Ein praktisches Bedürfniß für eine konkrete Anwendung des Zubehörbegriffes in dem Gesetzbuche besteht nur insoweit, als es sich um das Inventar von Gebäuden bezw. Grundstücken handelt, welche durch ihre Einrichtung zum Betriebe eines Gewerbes, namentlich der Landwirthschaft, bestimmt sind. In dieser Hinsicht zieht sich durch das geltende Recht ein Zwiespalt, dessen Beseitigung im Interesse der Rechtseinheit unerläßlich ist. Während nämlich in den Gebieten des gemeinen Rechtes auf Grund der römischen Quellen die Anschauung verbreitet ist, daß das Inventar regelmäßig nicht den Zwecken des Grundstückes, sondern nur den persönlichen Zwecken des Besitzers diene, ist in dem preuß. A. L. R. sowie in dem franz. und dem sächs. Gesetzbuche die entgegengesetzte Anschauung zur Geltung gekommen. Die Reichsgesetzgebung kann nur der letzteren Anschauung sich anschließen, weil in dem heutigen Rechtsleben der Werth und die Nutzbarkeit der gedachten Grundstücke wesentlich davon abhängt, daß die Verbindung des Inventares mit dem Grundstücke aufrecht erhalten wird. Die Zubehöreigenschaft des Inventares wird aus diesem Grunde regelmäßig den Absichten sowohl des Gesetzes als der Betheiligten entsprechen. Es ist daher unbedenklich, sie in dem Gesetzbuche zur Anerkennung zu bringen. Dabei werden zweckmäßig die beiden in Betracht kommenden Kategorieen von Liegenschaften unterschieden.

---

[1]) Vergl. die §§ 828, 868, 874.

[2]) Code civil Art. 524, 525; sächs. G. B. §§ 68—71; bayr. Entw. I Art. 150, 151; hess. Entw. II, 1 Art. 14—17; österr. G. B. §§ 296, 297; zür. G. B. §§ 476 ff.

einer Fabrik.

1. Die eine Kategorie umfaßt nach § 791 Abs. 1 die zu einem gewerblichen Zwecke auf die Dauer eingerichteten Gebäude, insbesondere Mühlen, Brauhäuser, Schmieden, Fabriken. Das Inventar eines solchen Gebäudes besteht vornehmlich in den dem gewerblichen Zwecke dienenden Geräthschaften [1]), unter welchen die Maschinen wegen ihrer entscheidenden Bedeutung für den Gewerbebetrieb besonders hervorgehoben werden müssen [2]).

eines Landgutes.

2. Die andere Kategorie ist mit den Verhältnissen der Landwirthschaft gegeben. Das preuß. A. L. R. kennzeichnet sie in dem § 48 durch den Namen „Landgut", während in dem sächs. G. B. § 70 „ein zur Landwirthschaft eingerichtetes Grundstück" vorausgesetzt ist. Einer Sonderbestimmung bedarf es nur für das Inventar eines Landgutes. Kommt bei einem einfachen oder einem zusammengesetzten Grundstücke, welches kein Landgut ist, ein Inventar vor, so genügen die Vorschriften des § 789, um darüber zu entscheiden, ob den vorhandenen Sachen die Eigenschaft des Zubehöres zuzuschreiben ist oder nicht. In der Wahl des Ausdruckes „Landgut" folgt der § 791 Abs. 2 dem § 547.

Landwirthschaftliche Erzeugnisse

Zu dem Inventare rechnen die Gesetzbücher und auch der bayr. Entwurf, obschon er dasselbe nicht als Zubehör gelten läßt, nicht nur das zum Wirthschaftsbetriebe erforderliche Geräth und Vieh, sondern auch die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit dieselben zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, in welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sowie den nöthigen Dünger [3]). Der Entwurf schließt sich sachlich dem preuß. A. L. R. und dem sächs. Gesetzbuche an, ohne in die Kasuistik des ersteren zu verfallen. In der Fassung folgt er thunlichst dem § 547. Dieselbe ergiebt, daß es für die Zubehöreigenschaft der vorhandenen Erzeugnisse und Dungmittel nicht von Belang ist, ob diese Gegenstände auf dem Gute gewonnen sind oder nicht.

Verhältniß des § 791 zu § 789

Der § 791 bezweckt übrigens nicht eine Erweiterung, sondern nur eine Verdeutlichung des Zubehörbegriffes. Wohnte ihm, gegenüber dem § 789, eine selbständige Bedeutung bei, so würde seine Anwendung nicht selten zu unrichtigen Ergebnissen führen. Nach dem Vorgange des sächs. G. B. § 68 wird deshalb in dem § 791 besonders hervorgehoben, daß die bezeichneten Sachen nur unter den Voraussetzungen des § 789 Zubehör des Gebäudes bezw. des Landgutes sind.

8. Nutzungen und Lasten einer Sache und eines Rechtes.

a) Der Fruchtbegriff.

§ 792.

Definition.

Um für die zahlreichen Vorschriften, welche den Fruchtbegriff zur Voraussetzung haben [4]), eine sichere und feste Grundlage zu gewinnen, bedarf es

[1]) Vergl. A. L. R. I, 2 §§ 68, 69, 92, 93.

[2]) Sächs. G. B. § 69.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 2 §§ 48—52; franz. G. B. Art. 524; sächs. G. B. § 70; bayr. Entw. I Art. 161.

[4]) Vergl. §§ 491, 531, 533—535, 542, 543, 765, 794, 855, 900, 988, 989, 999, 1009, 1067 (1), 1154.

eines Ausspruches in dem bürgerlichen Gesetzbuche darüber, was unter Früchten zu verstehen ist, wenn das Gesetz von solchen redet. Der Entwurf bestimmt deshalb in dem § 792 den Begriff der Frucht nach dessen verschiedenen Richtungen, indem er davon ausgeht, daß diese Bestimmung nicht blos für die Fälle, in welchen das Recht zur Beziehung der Früchte einem Anderen als demjenigen zusteht, dem der fruchttragende Gegenstand gehört, sondern auch für die Fälle maßgebend ist, in welchen die Früchte herauszugeben oder zu ersetzen sind. Der Begriff ist immer der nämliche, selbst wenn das Gesetz das Recht zum Bezuge oder die Pflicht zum Ersatze der Früchte einschränkt oder auf Gegenstände ausdehnt, welche nicht als Früchte angesehen werden können.

Natürliche und juristische Früchte.

Das gemeine Recht unterscheidet zwischen natürlichen und juristischen Früchten. Jene sind die organischen Erzeugnisse und die sonstige Ausbeute, welche die Sache als Ertrag gewährt, diese die Erträge, welche von der Sache durch Vermittelung eines Rechtsverhältnisses gewonnen werden[1]). Nach dem preuß. A. L. R. I, 9 § 220 sind Früchte die Nutzungen, welche nach dem Laufe der Natur mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung aus der Sache selbst entstehen. Nutzungen anderer Art werden nicht als Früchte bezeichnet, wohl aber in verschiedenen Beziehungen dem Rechte derselben unterworfen[2]). In dem franz. G. B. Art. 582 ff. sind den Naturalfrüchten die Industrialfrüchte und beiden Kategorieen die Zivilfrüchte (Mieth-, Pacht- und Kapitalzinsen, Rentengefälle) gegenübergestellt. Das sächs. G. B. bestimmt unter § 73: „Natürliche Früchte sind die Erzeugnisse aus einer Sache. Bürgerliche Früchte sind alle sonstige Einkünfte, welche von einer Sache gewonnen werden. Inwieweit zu den ersteren auch eine die Substanz mindernde Benutzung einer Sache zu rechnen ist, entscheiden besondere Bestimmungen". Solche Bestimmungen sind in den §§ 607—609 für den Nießbrauch gegeben. Auch sind dem sächs. Rechte fruchtbringende Berechtigungen bekannt. Nach dem bayr. Entw. I Art. 167 werden „unter den natürlichen Früchten einer Sache, wenn es sich um das Recht zu deren Bezug handelt, die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute aus derselben insoweit verstanden, als deren Gewinnung der Bestimmung der Sache gemäß ist und sich als bloße Nutzung derselben darstellt". Als „bürgerliche (juristische) Früchte" bezeichnet derselbe in Art. 169 „die Einkünfte, welche eine Sache vermöge eines in Beziehung auf dieselbe bestehenden Rechtsverhältnisses abwirft", namentlich „Zinsen, Pacht- und Miethgelder, Grundzinsen und dergleichen".

Der vorliegende Entwurf unterscheidet wie folgt:

1. Früchte einer Sache.

1. Früchte einer Sache sind vor Allem die (organischen) Erzeugnisse derselben. Die in dem geltenden Rechte hervortretende Beschränkung des Fruchtbegriffes auf die Erzeugnisse, welche ohne Verminderung der Substanz der Sache aus der letzteren gezogen werden können, verdunkelt den Begriff, indem sie in denselben ein Moment hineinzieht, welches seine Bedeutung nur

---

[1]) Windscheid § 144.

[2]) Vergl. A. L. R. I, 7 §§ 189 ff., I, 14 §§ 259, 269, I, 20 § 476, I, 21, §§ 22, 23, 29 ff., 409, II, 1 § 464, II, 2 § 307, II, 18 § 541.

für das einem Anderen als dem Eigenthümer der Sache zustehende Recht zum Fruchtbezuge hat. Wenn dem Pächter und dem Nießbraucher grundsätzlich nur diejenigen Erzeugnisse gebühren, deren Gewinnung zur bestimmungsmäßigen bezw. wirthschaftlichen Nutzung der Sache gehört, so wird hierdurch nur der Inhalt des Pachtrechtes und des Nießbrauches begrenzt, nicht aber auch der Fruchtbegriff berührt. Dieser Begriff muß, um ihm die sachgemäße Verwendung in dem Gesetzbuche zu sichern, unabhängig von dem Inhalte des jeweiligen Rechtes zum Fruchtbezuge bestimmt werden.

Zu den Früchten einer Sache ist ferner diejenige Ausbeute aus derselben zu rechnen, welche zwar nicht auf organischem Wege erzeugt wird, aber doch von der Sache gewonnen werden muß, wenn anders dieselbe die Vortheile gewähren soll, welche ihrer Bestimmung entsprechen. Allerdings gestaltet sich diese Ausbeute meist[1]) zu einem theilweisen Verbrauche der Substanz und damit zu einer Verschlechterung des Grundstückes; sie stellt, genau genommen, einen Gewinn dar, welcher auf Kosten des Kapitales gemacht wird. Allein ein Bedenken gegen die Ausdehnung des Fruchtbegriffes über das Gebiet der organischen Erzeugnisse kann hieraus gegenüber jener Erwägung um so weniger entnommen werden, als das Gesetz auch bei der Auffassung dieser Erzeugnisse als Früchte nicht den Sinn hat, die Wahrung der Substanz als strenge Grenze festzuhalten. Zur Schonung der Substanz ist nur erforderlich, daß die Behandlung der sonstigen Ausbeute als Frucht davon abhängig gemacht wird, daß dieselbe zur bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache gehört. Dagegen ist hier ebensowenig wie bei den organischen Erzeugnissen die wirthschaftliche Benutzung der Sache als Voraussetzung des Fruchtbegriffes am Platze.

2. Als Früchte eines Rechtes bezeichnet der § 792 unter Ziffer 2 die Erträge, welche das Recht bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewährt. Die Erstreckung des Fruchtbegriffes auf diese Erträge rechtfertigt sich dadurch, daß dieselben in der Regel die wirthschaftliche Bedeutung der Früchte haben und deshalb auch rechtlich als solche zu behandeln sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das fruchtbringende Recht selbständig oder mit dem Eigenthume an einem Grundstücke verbunden ist[2]). Auch in dem letzteren Falle ist begriffsmäßig nicht die Sache, sondern das Recht die Quelle, aus welcher die Erträge fließen. Ebensowenig kommt es für die Anwendung des Fruchtbegriffes darauf an, ob das Recht von unbeschränkter Dauer oder zeitlich beschränkt ist. Der Entwurf hebt dies besonders hervor, um alle Zweifel, zu welchen das bisherige Recht durch die Art und Weise der Behandlung der zeitlich beschränkten Rechte als Gegenstände des Fruchtbezuges Anlaß geben kann, für die Zukunft abzuschneiden. In Betracht kommen hier nicht blos diejenigen Rechte, welche mit dem Eintritte eines Endtermines oder einer auflösenden Bedingung erlöschen, sondern auch diejenigen, welche dadurch wegfallen, daß ihre Ausübung wegen Erschöpfung der Sache unmöglich wird. Die letztere Art von zeitlicher Begrenzung des Rechtes findet namentlich dann statt, wenn dasselbe auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen eines Grund-

2. Früchte eines Rechtes.

[1]) Nicht immer, z. B. nicht bei Mineralquellen.

[2]) Siehe §§ 781, 788.

stückes geht. In solchen Fällen ist die Ausbeute Frucht des Rechtes, in dessen Ausübung sie dem Boden entnommen wird[1]). Auch dies hebt der § 792 ausdrücklich hervor, weil das preuß. A. L. R. und andere Gesetze im Falle des Nießbrauches an einem Bergwerke dem Nießbraucher nur die Nutzung der Ausbeute zusprechen, mithin erkennbar von der Auffassung ausgehen, daß nicht das Recht auf Gewinnung der betreffenden Bodenbestandtheile, sondern diese selbst den Gegenstand des Nießbrauches bilden[2]). Ein genügendes Korrektiv gegen die Gefahr eines vorzeitigen Verbrauches der Substanz liegt auch hier darin, daß nur die zur bestimmungsmäßigen Nutzung gehörige Ausbeute dem Fruchtbegriffe unterstellt wird.

3. Erträge vermöge eines Rechtsverhältnisses.

3. Als Früchte sieht der § 792 unter Ziff. 3 auch die Erträge an, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Es beruht dies, sofern eine Sache Gegenstand der Nutzung ist, auf der Erwägung, daß, wenn die Sache verpachtet bezw. vermiethet wird, der Pacht- oder der Miethzins sich als Ersatz für die natürlichen Früchte und den Gebrauch der Sache darstellt. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß Niemandem die natürlichen Früchte und das an ihre Stelle tretende Aequivalent zugleich gebühren können. Außer den Erträgen, welche durch ein Rechtsgeschäft vermittelt werden, gehören hierher vornehmlich noch solche Erträge, welche auf gesetzlicher Anordnung (z. B. in Enteignungsfällen) beruhen. Es ist daher ganz richtig, wenn der bayr. Entwurf diese Kategorie von juristischen Früchten allgemein auf ein Rechtsverhältniß zurückführt. Gegenstand eines fruchtbringenden Rechtsverhältnisses kann aber nicht blos eine Sache sein, sondern auch ein Recht; namentlich kann der Fall der Verpachtung auch bei Rechten vorkommen. Es erscheint daher nicht bedenklich, die für Sachen gerechtfertigte Vorschrift auf Rechte auszudehnen.

b) Begriff der Nutzungen.

§ 793.

Die bestehenden Gesetzbücher pflegen von Nutzungen zu reden, wenn sie außer den Früchten einer Sache oder eines Rechtes auch diejenigen Vortheile bezeichnen wollen, welche der Gebrauch des Gegenstandes gewährt[3]). Auch der Entwurf verbindet diesen Sinn mit dem Worte „Nutzungen" an den zahlreichen Stellen, an welchen er dasselbe gebraucht[4]). Um hierüber keinen Zweifel zu lassen, wird in dem § 793 eine entsprechende Worterklärung gegeben.

---

[1]) L. 9 § 2, l. 13 § 5 D. de usufr. 7, 1; code civil Art. 598; sächs. G. B. § 609; bayr. Entw. III Art. 234.

[2]) A. L. R. I, 21 §§ 37, 39; Berggef. für Weimar § 15 und Sondershausen § 14.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 2 § 110 und I, 21 §§ 23, 29, 30, 31; franz. G. B. Art. 585, 592, sächs. G. B. § 72.

[4]) Z. B. §§ 244, 252, 258, 405, 427, 463, 467, 478, 494, 592, 619, 717, 740, 741, 765, 794, 839, 930—933, 980, 984, 988, 991, 1026, 1027, 1154, 1214, 1531, 1532, 1534, 1535, 1669, 1825.

c) Vertheilung der Früchte zwischen den nach einander zur Beziehung derselben Berechtigten.

§ 794.

Wenn Jemand berechtigt ist, die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen[1]), so erhebt sich die Frage, nach welchem Maßstabe die Fruchtvertheilung zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten erfolgen soll. Die Entscheidung kann durch das Gesetz, welches das Recht zur Beziehung der Früchte in dem betreffenden Falle ordnet, oder durch Rechtsgeschäft besonders gegeben sein. Für die Fälle aber, bezüglich welcher diese Voraussetzung fehlt, empfiehlt es sich, jene Frage hier zu entscheiden. Der Entwurf bestimmt die Vertheilung in dem § 794 Abs. 1 unter Ziff. 1 für die natürlichen Früchte einer Sache, unter Ziff. 2 und 3 für die juristischen Früchte einer Sache oder eines Rechtes. Vertheilungsmaßstab

1. Die natürlichen Früchte, welche in dem § 792 Nr. 1 näher bezeichnet sind, gebühren nach gemeinem Rechte regelmäßig dem bisherigen Bezugsberechtigten insoweit, als sie von demselben zu der Zeit, in welcher ein anderer Berechtigter eintritt, bereits erworben sind. Nur für die Rückgewähr des Dotalgutes nach Auflösung der Ehe besteht die Ausnahme, daß die Früchte der letzten (unvollendeten) Dotaljahres zwischen dem Manne, oder dessen Erben, und dem Rückempfänger der dos nach Verhältniß der Zeit getheilt werden[2]). Das preuß. A. L. R. befolgt für den Kauf und den Beginn des Nießbrauches insoweit die gemeinrechtliche Regel, als es die in dem entscheidenden Zeitpunkte bereits abgesonderten Früchte dem Verkäufer bezw. dem Eigenthümer, die unabgesonderten dem Käufer oder dem Nießbraucher zuspricht. Dagegen schreibt es für die Auseinandersetzung zwischen dem redlichen Besitzer und dem Eigenthümer sowie zwischen dem Nießbraucher eines Grundstückes und dem Eigenthümer desselben bei Beendigung des Nießbrauches eine Ermittelung der Einnahmen und Ausgaben des letzten Wirthschaftsjahres und eine Vertheilung des Reinertrages nach Verhältniß der Zeit zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten vor. Das Wirthschaftsjahr wird vom 1. Juli, bezw. bei Grundstücken, mit welchem keine Landwirthschaft verbunden ist, vom 1. Juni gerechnet[3]). Das sächs. G. B. bestimmt unter § 76: „Wer auf Früchte einer Sache bis zu einer Zeit berechtigt ist, hat bei natürlichen Früchten, welche blos durch die Natur hervorgebracht werden, Anspruch auf diejenigen, welche während dieser Zeit von der Hauptsache getrennt worden sind. Bei natürlichen Früchten, welche durch Verwendungen auf deren Gewinnung hervorgebracht werden, hat er Anspruch auf diejenigen, bei welchen die Verwendungen in die Zeit seiner Berechtigung fallen, selbst wenn die Trennung von der Hauptsache nach dieser Zeit fällt. Fallen die Verwendungen nur zum Theil in diese Zeit, so hat er nur nach dem Verhältnisse, in welchem der Betrag seiner Verwendungen zu dem Gesammtbetrage der Verwendung 1. bei natürlichen Früchten,

---

[1]) Vergl. §§ 463, 494, 531, 931, 980.
[2]) Windscheid §§ 203, bei Note 8, 389 Note 15, 501 Note 8.
[3]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 189 ff., I, 11 §§ 105, 108, I, 21 §§ 29, 143 ff.

steht, ein Recht auf einen Theil der Früchte". Nach dem franz. Gesetzbuche gebühren die beim Beginne des Nießbrauches von der Sache abgesonderten sowie die bei Beendigung desselben noch unabgesonderten Früchte dem Eigenthümer, alle übrigen dem Nießbraucher. Auch für das Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer bildet die Trennung der Früchte von der Sache den Maßstab, nach welchem das Recht auf dieselben sich bestimmt. Nicht minder behält der Besitzer, welcher die Sache dem Eigenthümer herauszugeben hat, die Früchte, wenn sein Besitz zur Zeit der Trennung derselben ein redlicher war[1]). Nach dem hess. und dem bayr. Entwurfe hat der abtretende Nießbraucher gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz derjenigen Kosten, welche von ihm auf die Gewinnung der dem Eigenthümer zufallenden ungetrennten Früchte verwendet worden sind[2]).

Der vorliegende Entwurf stellt die Regel auf, daß die in dem § 792 Nr. 1 bezeichneten Früchte dem zur Beziehung derselben Berechtigten insoweit gebühren, als sie während der Berechtigung von der Sache getrennt werden. Diese Regel gilt gleichmäßig für den abtretenden und den antretenden Berechtigten, und zwar sowohl vor als auch nach der Zeit, in welcher jener von diesem abgelöst wird, ohne der Frage vorzugreifen, ob der Berechtigte durch die Trennung zugleich das Eigenthum an den Früchten erwirbt[3]). Sie folgt aus dem Rechte zur Beziehung der Früchte, da der Inhalt desselben darin besteht, daß der Berechtigte befugt ist, die Früchte von der Sache zu trennen und die getrennten zu nehmen und zu behalten. Freilich kann die Trennung zur Unzeit vorgenommen oder zur rechten Zeit unterlassen werden. Allein deshalb rechtfertigt es sich noch nicht, die Vertheilung der Früchte so zu regeln, daß dem Berechtigten diejenigen zugesprochen werden, welche während der Zeit seiner Berechtigung ihrer Beschaffenheit oder Bestimmung nach zu trennen sind, gleichviel ob die wirkliche Trennung in dieser oder in einer anderen Zeit stattfindet. Vielmehr kann hier, wo es sich um die Aufstellung einer allgemeinen Regel handelt, nur die Thatsache der Trennung entscheiden; die Frage, ob und welche Rechtsfolgen die unzeitige Trennung oder die Unterlassung rechtzeitiger Trennung seitens des Berechtigten für das Verhältniß desselben zu dem Nachfolger in der Berechtigung hat, muß ihre Lösung in dem zwischen beiden bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse finden. Der Regelung dieses Verhältnisses ist für die betreffenden Fälle auch die Entscheidung darüber vorzubehalten, ob der Nachfolger die auf die Gewinnung der ihm gebührenden Früchte von dem Vorgänger verwendeten Kosten zu erstatten hat[4]).

Nach dem Entwurfe werden die Beziehungen zwischen den Betheiligten vereinfacht, die thatsächlichen Schwierigkeiten, welche mit einer Auseinandersetzung nach den Vorschriften des preuß. A. L. R. verbunden sind, vermieden und ein Anlaß zu Prozessen wird nur selten sich bieten. Die Regel des § 794 hat freilich die Folge, daß nicht auf jede Genußzeit von gleicher

---

[1]) Code civil Art. 549, 585, 1614.
[2]) Hess. Entw. II Art. 13; bayr. Entw. II Art. 293 und III Art. 229 und 246.
[3]) Diese Frage wird in den §§ 898—902 entschieden.
[4]) Vergl. §§ 936—938, 1009.

Dauer ein gleicher Fruchtertrag fällt. Allein die Reichsgeſetzgebung kann eine ſolche Gleichmäßigkeit dadurch, daß ein Normalwirthſchaftsjahr angenommen und innerhalb dieſes Jahres die Früchte nach Verhältniß der Zeit vertheilt würden, ſchon deshalb nicht herbeiführen, weil die Verhältniſſe in Deutſchland zu verſchieden ſind, als daß ſie die Feſtſetzung eines einheitlichen Wirthſchaftsjahres geſtatteten. Es fehlt aber auch das Bedürfniß für eine derartige Regelung, da für die beſonderen Fälle, in welchen etwa die Ungleichmäßigkeit der Vertheilung als eine Unbilligkeit erſcheinen ſollte, eine abweichende Vertheilung der Früchte von den Betheiligten durch rechtsgeſchäftliche Feſtſetzung und von dem Geſetze bei Beſtimmung des Umfanges einzelner Fruchtbeziehungsrechte vorgeſehen werden kann.

2. bei juriſtiſchen Früchten aus der Ueberlaſſung des Gebrauches ꝛc.

2. Hinſichtlich der juriſtiſchen Früchte trifft der § 794 unter Ziff. 2 eine beſondere Entſcheidung über die Vertheilung der in dem § 792 Nr. 3 bezeichneten Früchte, ſofern dieſelben in der Vergütung für den einem Dritten überlaſſenen Gebrauch oder Fruchtgenuß oder in Zinſen oder Gewinnantheilen beſtehen. In der älteren Theorie des gemeinen Rechtes wurde vielfach die Anſicht vertreten, daß dieſe Erträge zwiſchen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten pro rata temporis zu vertheilen ſeien. Die neueren gehen meiſt davon aus, daß, wenn der fruchtbringende Gegenſtand verpachtet oder vermiethet iſt, der Anſpruch auf den Pacht- oder den Miethzins gegen den Pächter oder den Miether nur dem Verpächter oder Vermiether zuſtehen, von einer Vertheilung des Zinſes mithin nicht die Rede ſein könne. Für die ſeltenen Fälle, in welchen der Pächter oder der Miether ſowohl dem abtretenden als auch dem antretenden Fruchtberechtigten obligatoriſch verpflichtet iſt, wird die Entſcheidung dahin getroffen, daß jeder von beiden den Anſpruch auf den Zins in dem Verhältniſſe habe, in welchem die von dem Pächter oder dem Miether gezogenen Nutzungen in die Zeit ſeiner Berechtigung fallen[1]). Bei anderen Erträgen werden die Leiſtungen für den Gebrauch von denjenigen für den Fruchtgenuß unterſchieden und jene zwiſchen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten nach Verhältniß der Zeit jeder Berechtigung vertheilt, dieſe dagegen meiſt demjenigen zugeſprochen, während deſſen Berechtigungszeit der Leiſtungspflichtige die Früchte geerntet hat bezw. zu ernten hatte[2]).

Das preuß. A. L. R. regelt die Vertheilung der Mieth- und Pachtzinſen zwiſchen dem Verkäufer und dem Käufer der Sache ſo, daß jeder von beiden den auf ſeine Beſitzzeit entfallenden Betrag zu beanſpruchen hat[3]). Nach demſelben Maßſtabe erfolgt die Auseinanderſetzung zwiſchen dem redlichen Beſitzer und dem Eigenthümer, desgleichen zwiſchen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer bei Beendigung des Nießbrauches, und zwar in Anſehung der Erträgniſſe jeder Art, namentlich auch der Kapitalzinſen[4]).

---

[1]) Wächter, Erört. 1 S. 73 ff. und württemb. Privatrecht 2 § 42 S. 267 ff.

[2]) Puchta, Vorleſ. 1 § 181; Arndts, Pand. § 179; Windſcheid § 203 Note 9.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 106; ebenſo bayr. L. R. IV, 3 § 13.

[4]) A. L. R. I, 7 §§ 191 ff., I, 21 §§ 143, 144, 150, 166, 168, 170, 171. Auf die Beſonderheiten, welche in der Annahme eines beſtimmten Wirthſchaftsjahres beruhen, iſt nach Ablehnung desſelben unter Ziff. 1 hier nicht weiter einzugehen.

Dagegen wird für den Beginn des Nießbrauches bestimmt, daß auf Zinsen, Hebungen und andere Prästationen, welche damals schon fällig oder verfessen waren, der Nießbraucher keinen Anspruch hat[1]). Das franz. G. B. spricht unter Art. 586 für den Nießbrauch den Grundsatz aus, daß die Zivilfrüchte Tag für Tag erworben werden und also dem Nießbraucher nach Verhältniß der Dauer seines Rechtes gebühren. Nach dem hess. Entw. II, 4 Art. 13 gilt dieser Grundsatz nur mit der Beschränkung, daß der Nießbraucher diejenigen bürgerlichen Früchte, welche lediglich einen Ersatz für natürliche Früchte der dienenden Sache bilden, nur insoweit erwirbt, als ihm auch die letzteren gebührt haben würden. In den bayr. Entwurf ist diese Beschränkung nicht übergegangen; dagegen ist in demselben der Grundsatz des code civil auch auf die Vertheilung zwischen Verkäufer und Käufer angewandt[2]). Nach dem sächs. G. B. § 76 gehören „bürgerliche Früchte, die an die Stelle natürlicher Früchte treten, welche einem Anderen überlassen sind, wie Pacht- und Miethzinsen, ferner Zinsen von Kapitalien, dem Berechtigten nach Verhältniß der Zeitdauer seines Rechtes".

Der § 794 bringt somit nur die bisherige Rechtsentwickelung zum Abschlusse, wenn er unter Ziff. 2 die Regel aufstellt, daß der zur Beziehung der Früchte Berechtigte von den oben gekennzeichneten Erträgen den dem Verhältnisse der Zeitdauer seiner Berechtigung entsprechenden Bruchtheil erhalten soll. Soweit der Ertrag in Miethzins besteht, giebt diese Regel zu einem Bedenken keinen Anlaß, da der Miethzins für den Gebrauch der Sache entrichtet wird, letzterer aber für jeden Zeittheil derselbe bleibt. Gegen die Gleichbehandlung des Pachtzinses mit dem Miethzinse scheint freilich zu sprechen, daß ersterer das Entgelt für die natürlichen Früchte bildet, bei welchen die Trennung von der Sache entscheidet. Es ist indessen praktisch nicht ausführbar, den Theil des Pachtzinses zu ermitteln, welcher auf die vor und nach dem Wechsel in der Person des Fruchtberechtigten bezogenen Früchte zu rechnen ist. Die Vertheilung des Pachtzinses nach Verhältniß der Berechtigungszeit stößt auch auf keine Schwierigkeiten, da das stets feststehende Pachtjahr die Bestimmung eines Normalwirthschaftsjahres entbehrlich macht. Außer den Miethund Pachtzinsen gehören hierher namentlich noch die Zinsen von ausstehenden Forderungen und von Aktien, desgleichen die Gewinnantheile, wenn in solchen die Früchte eines Rechtes bestehen. Die Vorschrift des Entwurfes erscheint daher gerechtfertigt, obschon anzuerkennen ist, daß sie zum Theil einen positiven Karakter hat.

Zweifellos ist, daß der Anspruch auf den Pacht- und den Miethzins an sich nur dem Verpächter bezw. dem Vermiether zusteht. Indessen aus dem § 794 folgt, daß der bisherige Fruchtberechtigte, sofern er zur Einziehung des Zinses gegen den Pächter oder den Miether obligatorisch berechtigt ist, gegenüber dem neuen Berechtigten die Verpflichtung hat, den diesem gebührenden Antheil an dem Zinse herauszugeben oder den bezüglichen Anspruch abzutreten. Praktische Rücksichten gestatten nicht, die Anwendbarkeit der Vorschrift davon

[1]) A. L. R. I, 21 § 29.
[2]) Bayr. Entw. II Art. 293 Abs. 2 und III Art. 230.

abhängig zu machen, daß der Pacht- und der Miethvertrag nicht blos für den abtretenden, ſondern auch für den antretenden Fruchtberechtigten bindend iſt.

3. bei anderen Früchten.

3. Soweit die juriſtiſchen Früchte von der Vorſchrift unter Ziff. 2 nicht betroffen werden, beſteht für das gemeine Recht die Anſicht, daß ſie demjenigen gehören, welcher zur Zeit des Eintrittes ihrer Fälligkeit zur Fruchtbeziehung berechtigt war[1]). Dieſer Anſicht entſpricht die Vorſchrift des ſächſ. G. B. § 76 Satz 5. Nach dem preuß. A. L. R. I, 11 § 107 gebühren im Falle des Verkaufes „Geldzinſen, Kornpächte der Unterthanen, Zehnten, Dienſtgelder, Abſchoß und andere Hebungen dieſer Art dem Käufer, ſoweit ſie nach der Uebergabe fällig ſind". Für das Verhältniß des redlichen Beſitzers zum Eigenthümer beſtimmt das A. L. R. I, 7 § 191, daß der Beſitzer, wenn er Nutzungen, die in Zukunft erſt fällig ſind, zum Voraus erhoben hat, dieſelben inſoweit, als ihr Verfalltag erſt nach dem Ende der Redlichkeit ſeines Beſitzes eintritt, dem Eigenthümer herausgeben muß. Für die Auseinanderſetzung zwiſchen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gelten im Weſentlichen die unter 2. mitgetheilten Grundſätze. Nach den übrigen Kodifikationen werden die fraglichen Erträge zwiſchen dem abtretenden und dem antretenden Fruchtberechtigten nach Verhältniß der Zeit vertheilt[2]).

Faßt man lediglich die juriſtiſche Seite der zu löſenden Frage ins Auge, ſo iſt es vielleicht am richtigſten, zwiſchen aktiven bezw. paſſiven Leiſtungen, die jeden Zeittheil treffen, und ſolchen Erträgen, bei welchen der Anſpruch auf die Leiſtung von dem Eintritte eines Thatumſtandes abhängt, zu unterſcheiden und in jenem Falle Vertheilung pro rata temporis eintreten, in dieſem die Entſtehung des Anſpruches den Ausſchlag geben zu laſſen. Praktiſche Rückſichten indeſſen nöthigen, von einer ſolchen Unterſcheidung abzuſehen und jedem Berechtigten diejenigen Leiſtungen zuzuſprechen, welche während der Zeit ſeiner Berechtigung fällig werden. Indem der Entwurf unter Ziff. 3 lediglich auf den Zeitpunkt der Fälligkeit ſieht, ſchafft er einfaches und klares Recht und beugt einer Menge von Streitigkeiten vor, ohne der Beſorgniß Raum zu geben, daß dieſer Maßſtab in einer erheblichen Zahl von Fällen ein unbilliges Ergebniß liefern werde.

Verhältniß zwiſchen dem Beſitzer und dem Eigenthümer.

Darüber, wem das Fruchtbeziehungsrecht zuſteht, entſcheiden die Vorſchriften über die einzelnen Inſtitute, bei welchen dieſes Recht in Frage kommt. Nur für das Verhältniß zwiſchen dem redlichen Beſitzer und dem Eigenthümer muß hier eine entſprechende Vorſchrift gegeben werden. Ein Fruchtbeziehungsrecht iſt freilich mit dem Beſitze als ſolchem nicht verbunden. Aber die Vorſchriften, welche der § 794 für die Vertheilung der Früchte zwiſchen einem abtretenden und einem antretenden Bezugsberechtigten giebt, ſind aus den gleichen praktiſchen Rückſichten auch für die Auseinanderſetzung zwiſchen dem Beſitzer und dem Eigenthümer anwendbar. Der Beſitzer erwirbt nach näherer Beſtimmung des § 890 das Eigenthum der natürlichen Früchte mit deren

---

[1]) Windſcheid § 203 Note 9.

[2]) Württ. L. R. IV, 5 § 5, dazu Wächter, Erört. 1 S. 80 ff. und Priv. R. 2 § 42 S. 269; bayr. L R. IV, 3 § 13; franz. G. B. Art. 586, 1614; heſſ. Entw. II, 4 Art. 13, bayr. Entw. II Art. 293 und III Art. 230 und 246.

Trennung. Auch braucht er in Gemäßheit der §§ 930—933 die von ihm gezogenen Nutzungen dem Eigenthümer nicht herauszugeben, wenn und soweit nicht einer der daselbst bezeichneten besonderen Verpflichtungsgründe vorliegt. Ließe man es hierbei bewenden, so hätte man hinsichtlich der juristischen Früchte nur eine negative Regelung des Verhältnisses dahin, daß ein Herausgabeanspruch nicht stattfindet. Eine solche Beschränkung der Rechte des Besitzers aber würde wenig in Einklang stehen mit der Vorschrift, welche ihm das Eigenthum an den getrennten natürlichen Früchten zuweist. Die Konsequenz verlangt, daß das in dieser Vorschrift liegende Prinzip allgemein gelte und demzufolge der Besitzer bis zu dem kritischen Zeitpunkte dem Eigenthümer gegenüber wie ein zur Beziehung der Früchte Berechtigter behandelt werde. Die Ausdehnung dieser Folgerung auf das Verhältniß zwischen dem Inhaber und dem Eigenthümer bedarf mit Rücksicht auf die §§ 899, 901, 902 und 929 ff. einer besonderen Rechtfertigung nicht. (Abs. 2.)

d) Vertheilung der Lasten und Abgaben zwischen den nach einander zur Tragung derselben Verpflichteten.

§ 795.

Die Frage nach dem Vertheilungsmaßstabe, welche der § 794 Abs. 1 in Ansehung der Früchte entscheidet, erhebt sich auch bei den von einer Sache oder einem Rechte zu entrichtenden Lasten und Abgaben, wenn ein Wechsel in der Person des Pflichtigen eingetreten ist. Das bestehende Recht freilich scheint in dieser Hinsicht ausdrückliche Vorschriften nicht zu haben, so daß es nicht selten zweifelhaft sein wird, ob die Lasten und Abgaben zwischen dem bisherigen und dem neuen Verpflichteten je nach dem Zeitpunkte ihrer Fälligkeit oder nach dem Verhältnisse der Zeitdauer jeder der beiden Verpflichtungen zu vertheilen sind [1]). Allein vom Standpunkte des Entwurfes empfiehlt es sich, schon mit Rücksicht auf die Verhältnisse beim Kaufe und beim Nießbrauche [2]), nicht zu schweigen. Geht man davon aus, daß die Lasten und Abgaben grundsätzlich von demjenigen zu tragen sind, welcher zur Beziehung der Früchte berechtigt ist [3]), so liegt es nahe, sie in dem vorausgesetzten Falle nach dem Verhältnisse der den Pflichtigen gebührenden Früchte zu vertheilen. Der Gerechtigkeit würde dieser Maßstab sicherlich entsprechen. Aber seine Anwendung würde in der Praxis auf große Weiterungen und Schwierigkeiten stoßen. Aus diesem Grunde erscheint es auch nicht rathsam, auf die in dem § 794 Ziff. 2 u. 3 hinsichtlich der juristischen Früchte befolgte Unterscheidung zurückzugreifen. Vielmehr nöthigen die praktischen Rücksichten, aus welchen die unter Ziff. 3

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 196, I, 11 §§ 105, 182, 340, 342, I, 21 §§ 155, 170, in Ansehung der Zwangsversteigerung auch das Urtheil des Reichsgerichtes v. 11. Juli 1881, in Gruchot's Beitr. 26 S. 1102. Für das franz. Recht wird aus dem Prinzipe des code civil Art. 586 die Vertheilung pro rata temporis hergeleitet. Eine besondere Bestimmung enthält für den Nießbrauch der bayr. Entw. III Art. 242.

[2]) Entw. §§ 463, 1003 Ziff. 1, 2.

[3]) Sächs. G. B. § 129.

bezeichneten Erträge nach ihrer Fälligkeit zu vertheilen ſind, zur Annahme dieſes Maßſtabes für die Vertheilung der Laſten und Abgaben jeder Art, ſofern nicht für einzelne Verhältniſſe durch Rechtsgeſchäft oder durch Geſetz[1]) ein anderer Maßſtab beſtimmt iſt.

9. Rechtsgeſchäftliche Beſchränkung der Verfügung über die dinglichen Rechte.

§ 796.

Während nach gemeinem Rechte das vertragsmäßige Veräußerungsverbot in der Regel ohne Rechtswirkung gegen Dritte iſt[2]), geſtattet das preuß. A. L. R. dem Eigenthümer, ſich durch Rechtsgeſchäft der Befugniß zur Veräußerung oder zur Belaſtung der Sache mit der Wirkung zu begeben, daß das Geſchäft jeden Dritten bindet, ſofern es demſelben bekannt geweſen oder in das Hypothekenbuch eingetragen iſt[3]). Nach dem bayr. Entw. III Art. 91 Abſ. 3 haben „letztwillige oder vertragsmäßige Veräußerungsverbote nur dann rechtliche Wirkung, wenn ſie die Sicherung der Anwartſchaft eines Dritten auf die Sache bezwecken". Auch das ſächſ. G. B. folgt, wie aus ſeinen §§ 223 und 224 erhellt, im Weſentlichen der gemeinrechtlichen Regel.

Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß das Prinzip der rechtsgeſchäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältniſſe eine allgemeine Wahrheit iſt, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat[4]). Dingliche Rechte können daher nur nach Maßgabe beſonderer Vorſchriften begründet werden[5]). Die Konſequenz hiervon aber iſt die, daß die aus dem Eigenthume oder einem anderen Rechte an einer Sache fließende Befugniß des Berechtigten, über das Recht zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeſchloſſen noch beſchränkt werden kann, ſoweit nicht das Geſetz etwas Anderes beſtimmt. Der Entwurf zieht dieſe Konſequenz in dem § 796, um den Zweifeln zu begegnen, welche im Hinblicke auf den bisherigen Rechtszuſtand zu beſorgen wären. Sachlich gerechtfertigt iſt die Vorſchrift ſchon durch die Erwägung, daß, wenn dem Berechtigten es freiſtände, ſich der Verfügung über das Recht willkürlich zu entſchlagen, auf dieſem Wege das ganze Vermögen außer Verkehr geſetzt, bezw. den Angriffen der Gläubiger des Berechtigten entzogen werden könnte. Einer ſolchen Möglichkeit muß das Geſetz im Intereſſe der Rechtsordnung entgegentreten; es kann die rechtsgeſchäftliche Beſchränkung des Verfügungsrechtes allgemein nur mit obligatoriſcher Wirkung geſtatten[6]).

---

[1]) Vergl. den Entw. § 1003 Ziff. 3, 4.
[2]) Windſcheid § 172a.
[3]) A. L. R. I, 4 §§ 15—19.
[4]) Vergl. zu § 295 Abſ. 2.
[5]) S. oben S. 3.
[6]) Vergl. § 295 Abſ. 2, § 312.

Zweiter Abſchnitt.

Beſitz und Inhabung.

I. Erwerb und Verluſt des Beſitzes.

§§ 797—813.

Vorbemerkungen.

Zuſammenhang der Vorſchriften über den Beſitz mit den Vorſchriften über das Eigenthum.

In dem erſten Theile des vorliegenden Abſchnittes ſtellt der Entwurf feſt, was Beſitz ſei, um dadurch eine häufig vorkommende Vorausſetzung von Rechtsnormen, welche in anderen Abſchnitten ſich finden, zu beſtimmen. Später, in § 821 und in dem letzten Paragraphen, § 825, werden einige ſelbſtändige Rechtsnormen gegeben, zu deren Vorausſetzungen ein Beſitzthatbeſtand gehört. Die Vorſchriften über den Beſitz haben mithin überwiegend nicht eine ſelbſtändige Bedeutung, ſondern liefern, gleich einer geſetzlichen Definition, für welche ſie einen Erſatz bieten, an anderer Stelle zu verwerthende Prämiſſen. Diejenigen Vorſchriften, für welche durch die Beſtimmung, was Beſitz ſei, eine Prämiſſe feſtgeſtellt wird, betreffen ſämmtlich das Eigenthum, namentlich Vindikation, Erſitzung, Tradition, Okkupation und Dereliktion. Wer einen gegenwärtigen oder einen früheren Beſitz behauptet, will damit ſtets eine das Eigenthum der Sache betreffende Rechtsnorm für ſich geltend machen. Der geſetzgeberiſche Grund für Vorſchriften, welche eine Definition oder den Erſatz einer ſolchen enthalten, iſt in den weiteren Rechtsnormen zu ſuchen, welche die Definition verwerthen, alſo bei dem Beſitze in den Eigenthumsnormen. Da der Begriff des Eigenthumes — das Eigenthum an Sachen hierunter verſtanden — in allen Geſetzgebungen weſentlich derſelbe iſt, ſo muß auch der Beſitzbegriff im Weſentlichen der gleiche ſein. Derſelbe wird nur in mehr oder weniger gelungener Weiſe näher beſtimmt. Ob man den Beſitz als das der Verwirklichung des Eigenthumes entſprechende Verhältniß der Perſon zur Sache anſehen will, bleibt eine theoretiſche Betrachtung. Den Beſitz als Recht zu bezeichnen, iſt nicht unbedenklich. Dagegen kann der Beſitz ohne Bedenken als eine Rechtspoſition bezeichnet werden; denn er giebt bei Behauptung und Geltendmachung des Eigenthumes eine vortheilhafte Stellung.

Da der Entwurf nur Eigenthum an Sachen kennt (§§ 778, 848), ſo iſt damit auch die Begrenzung des Beſitzbegriffes gegeben. Ob die von den Vor-

schriften über den Besitz zu unterscheidenden Vorschriften über den possessorischen Schutz einer allgemeinen analogen Ausdehnung auf den Schutz einer juris quasi possessio fähig seien, d. h. die Frage des Rechtsbesitzes, bleibt späterer Erörterung vorbehalten.

In den Vorschriften des zweiten Theiles des vorliegenden Abschnittes, welche von dem Besitzschutze handeln, werden selbständige Rechtsnormen aufgestellt, deren Hauptvoraussetzung die in § 797 als Thatbestandsmoment des Besitzes angegebene, als thatsächliche Gewalt über die Sache bezeichnete Inhabung bildet. Die Folge dieser zu Gunsten des Inhabers lautenden absoluten Normen ist eine gefestigte Rechtsstellung des Inhabers, welche seinem unmittelbar an der Sache sich bethätigenden Willen Geltung verschafft. In diesen Vorschriften über den possessorischen Schutz folgt der Entwurf einem Zuge der modernen Rechtsentwickelung, weicht aber immerhin wesentlich vom geltenden Rechte ab. Diese Abweichung wird später im Einzelnen zu rechtfertigen sein.

Anordnung dieses Abschnittes.

Man könnte gegen die Anordnung des Entwurfes den Vorwurf erheben, daß dieser Abschnitt sich auf die — selbständige Rechtsnormen enthaltenden — Vorschriften über den possessorischen Schutz oder den Interdiktenbesitz zu beschränken habe, und daß die Vorschriften über den eigentlichen Besitz im Sinne des Entwurfes in den Abschnitt über das Eigenthum oder in den Allgemeinen Theil des Sachenrechtes gehörten, da sie nicht selbständige Bedeutung hätten. Eine abweichende Anordnung würde indessen nicht ohne Uebelstände sein. In den Gesetzgebungen werden die Vorschriften über die Erwerbung und den Verlust des Besitzes mit einander verbunden und würde eine der bisherigen Gewohnheit widersprechende Trennung das Gesuchte schwerer finden lassen. Ferner ist auf den inneren Zusammenhang von Besitz und Inhabung hinzuweisen. Die Inhabung ist zwar ein Thatbestandsmoment und nicht eine Art des Besitzes mit besonderem Willensinhalte; aber es werden doch auf die Inhabung, sofern dieselbe in einer bewußten und gewollten thatsächlichen Gewalt besteht, die Vorschriften über Fortsetzung und Ende des Besitzes von der analogen Anwendung nicht auszuschließen sein, und wird so eine Lücke, welche in dem Mangel an Bestimmungen über Fortsetzung und Ende der Inhabung gefunden werden könnte, sich ausfüllen.

Qualifikationen des Besitzes.

Viele Gesetzgebungen definiren in dem Abschnitte über Besitz einzelne qualifizirte Arten des Besitzes: den Besitz in gutem und bösem Glauben, den redlichen, den unredlichen, den rechtmäßigen, den unrechtmäßigen Besitz[1]). Diese Qualifikationen enthalten Voraussetzungen für das Eingreifen gewisser Eigenthumsnormen, nämlich die Voraussetzungen, daß der Besitzer die gänzliche oder theilweise Fremdheit der Sache kannte, daß seine Unkenntniß auf Fahrlässigkeit oder auf grober Fahrlässigkeit beruhte, oder daß der Besitz durch eine strafbare Handlung erworben war. Es kann nur zur Deutlichkeit des Gesetzes beitragen, wenn Voraussetzung und Rechtsnorm nicht unnöthig auseinander gerissen werden; ferner ist die unmittelbare Bezeichnung der Voraussetzung dem Gebrauche eines terminologischen Ausdruckes mit vorausgeschickter Definition

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 10 ff.; sächs. G. B. §§ 187, 189; österr G. B. §§ 326—328; bayr. Entw. III Art. 15—20; hess. Entw II,2 Art. 10—12.

vorzuziehen, ſobald nicht der Gebrauch einer techniſchen Bezeichnung überwiegende Vortheile in Anſehung der Kürze verſpricht. Der Gebrauch der vorſtehend gedachten techniſchen Bezeichnungen verſpricht ſolche Vortheile nicht und iſt deshalb von der Einführung derſelben abgeſehen.

Beſitzerwerb.

§ 797.

Keine Definition des Beſitzes.

In den neueren Geſetzgebungen wird verſucht, eine Definition des Beſitzes zu geben[1]). Der Vortheil, welcher mit einer Definition verbunden ſein würde, läßt ſich nicht verkennen. An jeder Stelle, an welcher das Geſetz von Beſitz redet, würde daſſelbe durch die Begriffserklärung ergänzt werden. Bei genauerer Prüfung muß die Möglichkeit einer in legislativer Beziehung genügenden und nicht mißzuverſtehenden Definition des Beſitzes bezweifelt werden. Man kann die Thatſachen beſtimmen, welche im Augenblicke der Beſitzerwerbung vorhanden ſein müſſen, aber dieſe Thatſachen decken ſich nach den für die Fortſetzung und den Verluſt des Beſitzes aufzuſtellenden Rechtsnormen keineswegs mit denjenigen Thatſachen, welche für die Fortſetzung des Beſitzes von Bedeutung ſind. Der Schlafende oder Wahnſinnige kann wohl den Beſitz fortſetzen, aber nicht den Beſitz erwerben. Deshalb kann man auch den Beſitz nicht ſo definiren, daß die Definition zugleich vollſtändig ergiebt, wie der Beſitz fortgeſetzt werde und endige. Das Folgerichtige bei Aufſtellung einer Definition würde ſein, von beſonderen Vorſchriften über Fortſetzung und Ende des Beſitzes abzuſehen, und nicht derartige Beſtimmungen nachfolgen zu laſſen, durch deren Aufnahme die Mangelhaftigkeit der gegebenen Definition zugeſtanden wird. Die zu beantwortende praktiſche Frage ſtellt ſich immer dahin, ob Jemand in einem gewiſſen Zeitpunkte oder Zeitraume Beſitzer geweſen ſei. Dieſe Frage wird am leichteſten und ſicherſten beantwortet werden können, wenn das Geſetz Beſtimmungen über Erwerbung, Fortſetzung und Ende des Beſitzes giebt. Dadurch, daß von Beſitzerwerbung geredet wird, wird übrigens der Beſitz nicht als ein Recht im ſubjektiven Sinne bezeichnet. Es bleibt ein fortgeſetztes thatſächliches, aber in der Fortſetzung ſich verſchieden vom Beginne geſtaltendes Verhältniß.

Seit dem römiſchen Rechte wird zu der Erwerbung des Beſitzes das Zuſammentreffen des Beſitzwillens mit der thatſächlichen Gewalt über die Sache, corpus und animus, gefordert.

a) Thatſächliche Gewalt über die Sache.

1. Die thatſächliche Gewalt über die Sache[1]). Die Perſon, in welcher dieſes Moment vorhanden iſt, wird im Entwurfe als Inhaber bezeichnet. Meiſtens wird die thatſächliche Gewalt eine bewußte und gewollte ſein, ſo daß der Unterſchied zwiſchen Beſitzer und Inhaber in der Willensrichtung liegt.

---

[1]) Sächſ. G. B. § 186, code civil Art. 2228, öſterr G. B. § 309, heſſ. Entw. II, 2 Art. 1. Zu vergl. auch das preuß. A. L. R. I, 7 § 3.

Die Frage, ob zu der Inhabung auch ein Inhabungswille gehöre und ob die blos zuständliche Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, rechtlich nicht in Betracht komme, ist für die Rechtsnormen, welche den Besitz betreffen, ohne Bedeutung. Sie gewinnt Bedeutung für die Rechtsnormen, welche auf Grundlage der Inhabung possessorischen Schutz verleihen und eine Antastung der Inhabung verbieten. Indem an der vorliegenden Stelle die Inhabung als thatsächliche Gewalt über die Sache, freilich nur als Thatbestandsmoment des Besitzes, definirt wird, wird durch diese Definition zugleich eine Voraussetzung der den possessorischen Schutz betreffenden Normen bestimmt. Ob unter Inhabung nur die bewußte und gewollte thatsächliche Gewalt zu verstehen sei, wird mithin davon abhängen, wie weit man mit dem possessorischen Schutze gehen will. Wenn eine Sache in den Machtbereich einer Person gelangt, in deren Wohnung gebracht, in einen aufgestellten Briefkasten gesteckt oder in eine Falle gerathen, so wird man in vielen Fällen eine auf Erlangung der thatsächlichen Gewalt gerichtete Absicht annehmen können. Man wird in solchen Fällen auch die Kenntniß von dem Erreichtsein des Zweckes zur Annahme eines erforderten Inhabungswillens nicht für nöthig erachten. Aber immerhin wird eine Anzahl von Fällen übrig bleiben, in denen das Vorhandensein eines Inhabungswillens auch bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses nicht angenommen werden kann, und in welchen doch die Entziehung der Sache aus dem Machtbereiche der Person eine Handlung sein muß, welche die Besitzklagen begründet. Man müßte ferner unter Willensfähigkeit in Ansehung des Inhabungswillens etwas Anderes verstehen, als in Ansehung des Besitzwillens und des rechtsgeschäftlichen Willens (§ 64) verstanden wird, um nicht die Inhabung des Kindes oder des Wahnsinnigen vollständig schutzlos zu lassen. Deshalb ist von der Aufstellung des Erfordernisses des Inhabungswillens besser gänzlich abzusehen, als dieses Erforderniß behufs Vermeidung von Härten zu verflüchtigen und beinahe gänzlich wieder aufzugeben. Dabei bleibt der Doktrin die Nachweisung unbenommen, daß doch in allen Fällen des possessorischen Schutzes ein Inhabungswille herausgefunden werden könne. Inhabungswille.

Von einer näheren Bestimmung der Gestaltung der Inhabung je nach den Umständen, bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken, sieht der Entwurf ab. Derartige Bestimmungen müßten bei der Vielgestaltigkeit der Inhabungsfälle fragmentarischer Natur und der Gefahr ausgesetzt sein, die richterliche thatsächliche Würdigung in schädlicher Weise zu beengen. Eine Verschiedenheit der Gestaltung der Inhabung bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken ist anzuerkennen. Es läßt sich jedoch keine strenge Grenze ziehen; denn, wenn es sich um schwer bewegliche Sachen handelt, nimmt die Detention eine ähnliche Gestaltung an, wie bei Grundstücken. Bei Mobilien, die in Gewahrsam genommen und in Gewahrsam gehalten werden, hat die thatsäch- Unterschiede der Inhabung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen.

---

[1]) Bayr. Entw. III Art. 1. Synonyma: preuß. A. L. R. I, 7 § 50: „in die Gewalt des Besitzers", bayr. L. R. II, 5 § 1: „in seiner Gewalt und Gewahrsam", sächs. G. B. § 186: „thatsächlich in seiner Macht hat", österr. G. B. § 309: „in seiner Macht oder Gewahrsam", zür. G. B. § 488: „körperliche Macht", hess. Entw. II, 2 Art. 1: „in seiner natürlichen Gewalt".

liche Gewalt im Beginne und in der Fortſetzung ziemlich dieſelbe Geſtalt. Sobald es ſich dagegen um Sachen handelt, welche nicht an einem ſicheren Orte untergebracht werden, ſondern welche man da laſſen muß, wo ſie ſich befinden, iſt die Fortſetzung der thatſächlichen Gewalt von dem Beginne derſelben äußerlich verſchieden geſtaltet, und erſtreckt ſich dieſe Verſchiedenheit über die Inhabung der Grundſtücke hinaus auch auf die Inhabung von Mobilien in dem Maße, in welchem die Schwierigkeit des Transportes derſelben zunimmt.

Die Inhabung, welche in § 797 als Erforderniß der Beſitzerwerbung bezeichnet wird, iſt zunächſt eigene Inhabung. Inwieweit die Inhabung einer anderen Perſon der eigenen Inhabung in ihrer Wirkung gleichzuſetzen iſt, wird durch § 801 beſtimmt.

b) Beſitzwille. 2. Die Erlangung der Inhabung allein, möglicher Weiſe ohne Wiſſen und Willen des Erlangenden, kann für die Anwendung der Eigenthumsnormen von irgend welcher Bedeutung nicht ſein. Es wird denn auch allgemein gefordert, daß behufs der Beſitzerwerbung die Erlangung der thatſächlichen Gewalt durch eine bewußte und gewollte Handlung geſchehe. Da die Vorſchriften über den Beſitz den Eigenthumsnormen dienen, ſo muß der Willensinhalt der Annahme des Eigenthumes in der Perſon des Beſitzerwerbers entſprechen. Dabei würde es nicht ganz zutreffend ſein, wenn man die Willensrichtung als auf das Eigenthumsrecht gehend bezeichnen wollte, animus dominii, denn nicht das Recht, ſondern die dem Rechte entſprechende Stellung der Perſon zu der Sache, das Haben der Sache als die ſeinige, iſt das Begehrte und Erſtrebte[1]). Liegt eine bewußte und gewollte thatſächliche Gewalt vor, ſo braucht übrigens die Richtung des Willens auf ein Haben der Sache als eine eigene nicht beſonders bewieſen zu werden, ſondern iſt in Ermangelung beſonderer auf das Gegentheil deutender Umſtände anzunehmen. Ferner iſt nicht nöthig, daß der Erwerber des Beſitzes an ſein Eigenthum glaubt, opinio dominii. Auch, wenn ein Grundſtück ohne Auflaſſung tradirt wird, entſteht Beſitz, und kann zu gehöriger Zeit nach § 873 Aufgebot behufs Ausſchließung des bisherigen Eigenthümers erfolgen.

Der Wille muß, da ein innerlicher Wille außer Betracht bleibt, äußerlich in der Beſitzerwerbungshandlung zu Tage getreten ſein. Die Kundgebung des Willens iſt nicht eine rechtsgeſchäftliche Willenserklärung, weil die rechtlichen Folgen des Wollens und Handelns bei der Beſitzerwerbung ebenſo wie bei der Verzeihung des ſcheidungsberechtigten Ehegatten, dem außergerichtlichen Geſtändniſſe, der Anerkennung des § 169 ꝛc., unabhängig von dem Umſtande ſind, ob der Wille auf deren Herbeiführung gerichtet iſt. Das Wollen des Beſitzerwerbes ſetzt zwar die Richtung des Willens des Erwerbenden auf eine beſtimmte Sache voraus, doch wird die Beſtimmung der Tragweite dieſes

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 3: „Abſicht über die Sache für ſich ſelbſt zu verfügen". Sächſ. G. B.: „Wille an der Sache für ſich Eigenthum auszuüben". Oeſterr. G. B. § 309: „Wille die Sache als die ſeinige zu behalten". Bayr. Entw. III Art. 1: „Wille, die Sache wie ein Eigenthümer für ſich zu haben". Heſſ. Entw. II, 2 Art. 1: „Wille die Sache als die ſeinige zu behalten".

Erfordernisses, insbesondere in den Fällen der Erlangung einer zuständlichen Inhabung durch die Funktion einer Falle oder eines Briefkastens, der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen sein. Eine Ausnahme von dem Satze „ignoranti non acquiritur possessio“ wird im Entwurfe nur für den Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter (§ 801) bestimmt. Die Fassung des Besitzwillens kann möglicher Weise der Erlangung der thatsächlichen Gewalt nachfolgen. In einem solchen Falle war der bisherige Inhaber, nachmaliger Besitzer, regelmäßig Stellvertreter des früheren Besitzers; denn eine Inhabung, bei welcher sowohl der Wille, als Vertreter (denkbarer Weise einer persona incerta) zu handeln, als auch der Besitzwille fehlt, kann kaum vorkommen. Wie in solchen Fällen — der brevi manu traditio und des § 813 Abs. 2 — der Besitz erworben wird, bleibt später zu erörtern. Einer Hinweisung im Gesetze auf die Möglichkeit des zeitlichen Auseinanderfallens der Erlangung der thatsächlichen Gewalt und der Konzeption des Besitzwillens wird es nicht bedürfen.

Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäft.

Die Besitzerwerbungshandlung ist kein Rechtsgeschäft im Sinne der Vorschriften des Allgemeinen Theiles des Entwurfes, wohl aber ist sie eine Rechtshandlung. Der Entwurf bringt weder eine allgemeine Bestimmung, welche die analoge Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf Rechtshandlungen vorschreibt, noch ist eine solche Vorschrift für den vorliegenden speziellen Fall gegeben; doch wird von dem Entwurfe eine solche analoge Anwendung nicht ausgeschlossen, vielmehr, da sonst leicht Lücken sich ergeben würden, vorausgesetzt. Bei Benutzung der Analogie ist die besondere Natur der einzelnen Rechtshandlung zu berücksichtigen. Die Besitzerwerbungshandlung (abgesehen vom Falle der Uebergabe) ist eine einseitige Rechtshandlung, welche nicht einer bestimmten Person gegenüber vorgenommen wird. Man wird sie also dem entsprechenden Rechtsgeschäfte zu vergleichen haben. Die Zahl der anwendbaren Vorschriften wird hierdurch eine sehr begrenzte und wird noch weiter dadurch begrenzt, daß die dem Willensdogma entstammenden Vorschriften über Willensmängel kaum nach irgend einer Richtung hin passen.

Möglichkeit des Besitzes.

§ 798.

Besitz ist soweit möglich, als Eigenthum möglich ist.

Bei der Feststellung des Umfanges, in welchem Besitz möglich ist, kommt die natürliche und die rechtliche Unmöglichkeit des Besitzes in Betracht.

Die natürliche Möglichkeit des Besitzes hängt von der Möglichkeit der Inhabung ab. Die Thatfrage, wann Inhabung anzunehmen sei, ist nach den Bemerkungen zum vorigen Paragraphen der richterlichen Beurtheilung im einzelnen Falle freigelassen. Der Richter hat also zu ermessen, inwieweit Gas oder Wasser eingefangen sein muß, um Gegenstand der Inhabung zu werden, inwieweit die Kohäsion eines abgegrenzt gedachten Körpers mit einem anderen Körper der Annahme einer thatsächlichen Herrschaft über den Theil ohne Herrschaft über das Ganze entgegensteht und insbesondere die Regel res mobilis pro diviso possideri non potest gilt.

Die rechtliche Unmöglichkeit des Beſitzes bei Möglichkeit der Inhabung tritt ein in Folge poſitiver Vorſchriften. Da der Beſitz nur Bedeutung hat als Vorausſetzung gewiſſer Rechtsnormen, welche auf das Eigenthum ſich beziehen, ſo ſchwindet eine jede Bedeutung des Beſitzes, und iſt derſelbe mithin rechtlich zu verneinen, inſoweit die Eigenthumsmöglichkeit durch eine poſitive Rechtsnorm ausgeſchloſſen iſt. Dieſes Prinzip, daß Beſitzmöglichkeit und Eigenthumsmöglichkeit ſich decken, ſtellt der Entwurf in dem erſten Abſatze des § 798 voran. Eine abſolute Außerverkehrſetzung wird auch partikularrechtlich wohl nie vorkommen. Deshalb wird auch kaum der Fall eintreten, daß der Beſitz gewiſſer Sachen ſchlechthin ausgeſchloſſen iſt[1]). Seine praktiſche Hauptanwendung erleidet das Prinzip nicht in dem nächſtliegenden Falle der res extra commercium, ſondern in dem ferner liegenden und deshalb im zweiten Abſatze des § 798 beſonders hervorgehobenen Falle, daß zwar Eigenthum an der Sache möglich iſt, aber nicht verſchiedenes Eigenthum an den weſentlichen Beſtandtheilen einer Sache.

Die poſitivrechtliche Beſitzunmöglichkeit hat nicht die rechtliche Inhabungsunmöglichkeit und nicht den Ausſchluß der Beſitzklagen des Inhabers zur Folge; denn die Beſitzklagen ſetzen kein Eigenthumsintereſſe voraus, dienen einem ſolchen Intereſſe nur mittelbar und wollen an erſter Stelle lediglich einer gewaltſamen Veränderung der thatſächlichen Herrſchaft über die Sache entgegentreten

Gemeinſchaftlicher Beſitz.

§ 799.

Mitinhabung. Um Jemandem die thatſächliche Gewalt über die Sache zuſchreiben zu können, iſt nicht erforderlich, daß derſelbe in der Lage ſei, für ſich allein und unabhängig von dem Willen anderer Perſonen poſitiv mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Es genügt, wenn die räumliche Herrſchaft ſo geordnet iſt, daß ohne ſeinen Willen nur mit Verletzung des Verbotes der Eigenmacht über die Sache thatſächlich verfügt werden kann, während die poſitive Verfügung von dem geeinten Willen der mehreren in der gleichen Lage befindlichen Perſonen abhängt. Hierbei wird vorläufig abgeſehen von der eng begrenzten Verfügungs- und Gebrauchsbefugniß, welche die poſitive Vorſchrift des § 817 jedem Mitinhaber zugeſteht. Erſt aus dieſer erweiterten Auffaſſung der Inhabung ergiebt ſich die Möglichkeit der Mitinhabung. Die Geſtaltung der Mitinhabung an beweglichen Sachen iſt nicht ohne praktiſche Schwierigkeiten. Eine einigermaßen geſicherte Lage aller Einzelnen ergiebt ſich nur, wenn die Sache unter Mitverſchluß gehalten oder einem gemeinſchaftlich beſtellten Verwahrer, welcher die Mitinhaber in der Ausübung der thatſächlichen Gewalt vertritt, anvertraut wird. Die Mitinhabung bleibt Inhabung und wird, wo das Geſetz das Erforderniß der Inhabung aufſtellt und ſich nicht ergiebt, daß eine beſondere Geſtaltung der Inhabung gefordert wird, genügen. Die Mitinhabung iſt die Grundlage des Mitbeſitzes. Die Mitbeſitzer ſind ent-

[1]) Vergl. indeſſen oben S. 27 (β).

weder zugleich Mitinhaber oder sie werden in der Ausübung der Inhabung vertreten.

Aus § 798 ergiebt sich, daß Mitbesitz nur insoweit möglich ist, als Miteigenthum möglich ist. Für den Mitbesitz ist deshalb ein bestimmtes Antheilsverhältniß in derselben Weise und in demselben Umfange erforderlich, wie für das Miteigenthum. Ein dem anomalen Miteigenthume, bei welchem der gemeinschaftliche Gegenstand den Theilhabern nicht nach Quoten zusteht (vergl. §§ 946, 1344), entsprechender Mitbesitz bleibt denkbar.

Mitbesitz ist kein Rechtsbesitz.

Besessen wird auch bei dem dem regelmäßigen Miteigenthume entsprechenden Mitbesitze nicht die Quote, sondern die Sache; der Mitbesitz ist keine Art von Rechtsbesitz. Eine Determinirung der Quote in der Vorstellung der Mitbesitzer wird nicht immer erforderlich sein. Auch bei dem normalen Miteigenthume kann das Antheilsverhältniß einstweilen subjektiv ungewiß sein und kann der Besitzwille an dieser Unentschiedenheit theilnehmen.

Da in § 946 ausgesprochen wird, daß das Eigenthum mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen kann, so würde man es als eine Lücke empfinden, wenn hier nicht eine entsprechende Vorschrift über den Besitz mehrerer Personen sich fände.

Besitzerwerb geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen.

§ 800.

Wirksame Kundgebung des Besitzwillens.

Wenn auch die Besitzerwerbungshandlung als Rechtshandlung nicht schlechthin allen Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterliegt, so ist doch für die Fähigkeit zu einer rechtlich wirksamen Willenskundgebung bei der Besitzerwerbung durch die natürliche Person ein normaler, nicht durch einen Mangel an Entwickelung oder durch eine Geisteskrankheit beeinflußter Geisteszustand zu verlangen; es liegt kein Grund vor, die Fähigkeit bezw. Unfähigkeit zur Kundgebung des Besitzwillens an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als an diejenigen, an welche die Fähigkeit bezw. Unfähigkeit zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung geknüpft ist. In Folge dessen werden nach § 65 Abs. 2 die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen der Besitzerwerbung durch eigene Handlungen fähig sein, weil es sich lediglich um einen Erwerb dieser Personen handelt. Die Vorschriften des Entwurfes entsprechen denn auch dem geltenden Rechte[1]).

Möglichkeit der Inhabung geschäftsunfähiger Personen.

Den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung können Kinder und Wahnsinnige durch eigene Handlungen herbeiführen, da zu der Herbeiführung desselben eine rechtlich bedeutsame Willenskundgebung nicht erforderlich ist. Wo indessen bei der Inhabung die Kundgebung oder Nichtkundgebung eines Willens in Betracht kommt, nämlich bei der Frage, ob in verbotener Eigenmacht ohne den Willen des Inhabers gehandelt ist, wird man auf die Person

[1]) Preuß A. L. R. I, 7 § 44; sächs. G. B. § 193; österr. G. B. § 310; bayr. Entw. III Art 7; hess. Entw. II, 2 Art. 2.

des gesetzlichen Vertreters zu sehen haben. Ist die Einräumung und Ergreifung der Inhabung zum rechtsgeschäftlichen Erfordernisse der Begründung des Nießbrauches und des Pfandrechtes an beweglichen Sachen gemacht, so wird man, damit das rechtsgeschäftliche Erforderniß sich erfülle — nicht damit der Zustand der Inhabung herbeigeführt werde — das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit im Erwerber in demselben Maße fordern, wie bei der zur Eigenthumserwerbung erforderlichen Besitzübergabe, weil in solchen Fällen die Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens und die Kundgebung des Besitz- bezw. Inhabungswillens nicht von einander zu trennen sind.

Juristische Personen.

Der Unfähigkeit der juristischen Personen zur Besitzerwerbung durch eigene Handlungen braucht hier nicht gedacht zu werden, da von eigenen Handlungen solcher Personen überall nicht die Rede sein kann.

Vertretung.

§ 801.

Zurechnung fremder Rechtshandlungen.

Ueber die natürliche Zurechnung fremder Rechtshandlungen nach ihren rechtlichen Wirkungen ist eine Bestimmung nicht getroffen und konnte nicht wohl getroffen werden, da es eine Frage der thatsächlichen Würdigung im einzelnen Falle bleibt, wieweit in der Handlung des Organes immer noch die eigene Handlung desjenigen, welcher sich einer anderen Person als eines Organes zur Hervorbringung natürlicher Wirkungen bedient, zu erblicken ist. Eine solche Zurechnung kommt vor bei der Erwerbung und Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die Sache. Der Thatbestand der Inhabung erfüllt sich in diesem Falle in der Person desjenigen, welcher durch das Organ handelt, nicht aber im Organe.

Wollte man nur diese natürliche Zurechnung fremder Rechtshandlungen bei dem Besitzerwerbe gelten lassen, so würden sich folgende Konsequenzen ergeben: Um den Besitz zu erwerben, müßte nothwendigerweise die unmittelbare thatsächliche Gewalt erworben werden. Das hierbei verwendete Organ würde für die eigene Person in keinerlei Rechtsverhältniß zu der Sache treten und, wenn man jenes Organ als Inhaber bezeichnen wollte, so würde die Inhabung ein für den Inhaber eine Rechtsposition nicht begründendes rein thatsächliches Verhältniß sein. Ein solcher Inhaber würde ein Besitzunrecht begehen, wenn er aus der Rolle als dienstbereites Organ heraustreten und seinem Herren sich widersetzen wollte. Man könnte ihm deshalb auch keinerlei Retentionsrecht zusprechen. Der Besitzer würde nothwendigerweise immer zugleich Inhaber im Sinne des Entwurfes, wenn auch ein durch ein Organ handelnder Inhaber sein und das Organ, der alienae possessioni ministerium praestans, käme rechtlich nicht in Betracht. In der neueren römischrechtlichen Doktrin ist nicht unbestritten, ob und wieweit das römische Recht über diese Konsequenzen der natürlichen Zurechnung fremder Rechtshandlungen hinausgegangen sei. Am störendsten für den Verkehr würde die sich ergebende Anforderung des eigenen Besitzwillens des Erwerbers wirken. Dieser Wille müßte auf eine individuelle Sache gerichtet sein und der Besitz könnte nicht eher als erworben angesehen werden,

bis der Erwerber von der erfolgreichen Thätigkeit seines Organes Kunde erlangt hätte. Diese aus dem Satze „ignoranti non acquiritur possessio“ abzuleitende Anforderung haben Theorie und Praxis von jeher abgeschwächt.

Zwei praktische Nothwendigkeiten, welche mit einander in einem inneren Zusammenhange stehen, ergeben sich aus dem Bedürfnisse des modernen Rechtslebens. Man darf bei dem Besitzerwerbe nicht immer eigenen Besitzwillen fordern und man darf den bloßen Inhaber, sofern derselbe selbständig die thatsächliche Gewalt ausübt, nicht als unberechtigtes Organ behandeln, sondern man muß demselben eine durch verbietende Rechtsnormen geschützte Stellung einräumen. Letzteres könnte dadurch geschehen, daß zum Besitze — ad interdicta — der animus domini nicht erfordert und der Besitz mit animus domini zu einem qualifizirten Besitze gemacht wird. Doch würde eine solche Definition des Besitzes einerseits wenig mit der üblichen Ausdrucksweise übereinstimmen, und andererseits würde für diese Art von Besitz ohne animus domini (der Inhabung des Entwurfes) das nicht unbedenkliche Erforderniß des Inhabungswillens aufgestellt werden. Es bleibt der andere im praktischen Resultate wenig abweichende Weg, unter Inhabung den Interdiktenbesitz und unter Besitz den Eigenthumsbesitz zu verstehen. Diesen Weg hat der Entwurf betreten.

Stellung des vertretenden Inhabers.

Macht man den Inhaber zum Interdiktenbesitzer, so kann man ihn nicht mehr als Werkzeug des Besitzers ansehen. Man kann also seine Uebung der thatsächlichen Gewalt dem Besitzer nicht auf Grund des natürlichen Kausalzusammenhanges zurechnen.

Als andere Art der Zurechnung der rechtlichen Wirkungen fremder Rechtshandlungen kennt der Entwurf mit dem geltenden Rechte nur die Beziehung der Wirkungen des vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen. Diese Beziehung entspricht dem Willen der Betheiligten. Indem das Gesetz das Prinzip der direkten Stellvertretung anerkennt, läßt es die dem allseitigen Willen entsprechende unmittelbare Beziehung der Rechtswirkungen eintreten. Genau in gleicher Weise trägt das Gesetz dem Willen aller Betheiligten Rechnung, wenn es unter der Voraussetzung der Vertretungsmacht die rechtlichen Folgen der im Namen des Vertretenen vorgenommenen Besitzerwerbungshandlung auf den Vertretenen bezieht. Die Vertretung findet hier auch im Willen und zwar im Besitzwillen statt; man hat nicht etwa Vollmacht oder Genehmigung als besondere Erscheinungsformen des Besitzwillens anzusehen. Die Annahme des Stellvertretungswillens wird im einzelnen Falle nicht dadurch gehindert, daß der Vertreter die Inhabung erlangt, um dieselbe im eigenen Interesse auszuüben; denn dieser Wille kann sehr wohl mit dem erforderlichen Vertretungswillen verbunden sein. Mit dem Satze ignoranti non acquiritur possessio ist vom Entwurfe insoweit gebrochen, als statt der Kenntniß und der Richtung des Willens auf eine individuelle Sache in der Person des Erwerbers die Voraussetzungen vorliegen müssen, welche im Falle der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung erfordert werden. Noch weiter zu gehen und wegen des Umstandes, daß der Besitzerwerb ein reiner Rechtserwerb ist, von einer jeden Art von Konsens und Mitwirkung desjenigen, welchem der Besitz erworben sein soll, abzusehen, erscheint nicht zulässig, da die Erwerbung einer Rechtsposition ohne jede Betheiligung des Erwerbenden lediglich auf

Anwendung der Vorschriften über Vertretung bei Rechtsgeschäften.

Grund des einſeitigen Willensaktes einer anderen Perſon den allgemeinen Grundſätzen widerſpricht.

Der Entwurf erklärt die Vorſchriften über Stellvertretung bei Rechtsgeſchäften nur für entſprechend anwendbar. Damit wird auf die Unterſchiede hingewieſen, welche ſich daraus ergeben, daß die Beſitzerwerbung kein Rechtsgeſchäft iſt. Die rechtlichen Folgen der Erwerbungshandlung werden auf den Vertretenen nur inſoweit bezogen, als demſelben die Rechtspoſition des Beſitzes verſchafft wird. Die durch die Ergreifung erlangte thatſächliche Gewalt iſt nicht eine rechtliche Wirkung der Ergreifungshandlung, kann alſo nicht auf den Vertretenen bezogen werden, ſondern bleibt bei dem Vertreter. Es wird alſo ein Erſatz der eigenen Inhabung des Beſitzers durch eine gleichwerthige fremde Inhabung zugelaſſen, ohne daß eine mittelbare Inhabung des Beſitzers durch einen Anderen, qui alienae possessioni tantum ministerium praestat, angenommen wird.

Bei der vertretungsweiſen Beſitzerwerbung werden auf die Bevollmächtigungs-, Genehmigungs- und Widerrufserklärungen zwiſchen dem Vertreter und dem Vertretenen die Vorſchriften über rechtsgeſchäftliche Erklärungen dieſer Art anwendbar, im Uebrigen aber wird in Anſehung der in Vertretung vorgenommenen Rechtshandlung zu unterſcheiden ſein, ob die Beſitzerwerbungshandlung ein einſeitiges Rechtsgeſchäft bleibt, welches nicht gegenüber einer beſtimmten Perſon vorgenommen wird, oder ob ſie, im Falle der Uebertragung, Aehnlichkeit mit einer Vertragserklärung gewinnt.

In den Fällen der erſteren Art iſt der Umfang, in welchem die Vorſchriften über Stellvertretung zur analogen Anwendung gelangen können, ein beſchränkterer. Der Hauptfall wird ſein, daß der Vertreter die dem Vertretenen abhanden gekommene Sache zurückerlangt. Einer Neuerwerbung des Eigenthumes zugleich mit dem Beſitze nach den Vorſchriften über Zueignung (§ 903 Abſ. 1) für den Vertretenen durch den Vertreter ſteht das Bedenken entgegen, daß, wenn der Vertreter als ſolcher und nicht etwa als bloßes Organ handelt, dem Vertretungswillen nicht wohl die Wirkung beigelegt werden kann, daß der Eigenthumserwerb auf eine andere Perſon abgelenkt und die nothwendige weitere Tradition, wenn auch nur eine Tradition an ſich ſelbſt (§ 805 Abſ. 2), erſpart wird. Handelte der Vertreter als ſolcher, aber ohne Vertretungsmacht, ſo ergiebt ſich aus der analogen Anwendung des erſten Satzes des § 126, daß für den Beſitzerwerb des Vertretenen einſtweilen noch nichts geſchehen iſt, und führt dieſe Konſequenz zu einem angemeſſenen Reſultate.

In den Fällen der Uebergabe ſind die Vorſchriften über Stellvertretung einer ausgedehnteren analogen Anwendung fähig. Dieſe Anwendung iſt allerdings nur von Bedeutung, inſofern der Eintritt beſonderer rechtlicher Wirkungen davon abhängt, daß gerade durch Uebergabe und nicht einſeitig, Beſitz erworben wird. Die Erklärungen des Konſenſes in den Beſitzwechſel, welche einerſeits von dem tradirenden Beſitzer und andererſeits von dem Erwerber abgegeben werden, ſind, wie zu §§ 803–805 weiter zu erörtern iſt, ähnlich zu beurtheilen wie ein vertragsmäßiger Konſens, und ergiebt ſich hieraus eine Reihe von Konſequenzen für die Anwendung der Vorſchriften über Stellvertretung. Der nicht kundgegebene Stellvertretungswille des Empfängers kommt nach

§ 116 Abs. 2 nicht in Betracht und ebensowenig, nach den allgemeinen Grundsätzen über Mentalreservation (§ 95) der verhehlte Wille, für sich selbst Besitz zu erwerben[1]). Zweifel könnten erhoben werden, ob beim Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht die im Falle der Genehmigung stattfindende Rückbeziehung auch für den Besitz der Zwischenzeit Geltung hat, da doch der Besitz thatsächlicher Natur ist. Eine solche Rückbeziehung hat nur ein geringes praktisches Interesse für den Vertretenen in Ansehung der Ersitzung und in Ansehung des Rechtes zur Erhebung der Besitzklage aus § 821 wegen etwa in der Zwischenzeit vorgekommener Handlungen thatsächlicher Eigenmacht. Der Entwurf giebt keine besondere Vorschrift über die Frage, deren praktisches Interesse gering ist und deren subtile Natur es rechtfertigt, die Beantwortung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen.

In den modernen Gesetzgebungen ist eine ausdrückliche Hervorhebung der analogen Anwendbarkeit der Vorschriften über die Vertretung bei Rechtsgeschäften auf den Besitzerwerb nicht zu finden, man müßte denn eine solche als in der Vorschrift des preuß. A. L. R. enthalten ansehen, welche bestimmt: „Nur insofern Rechte durch Verträge eines Anderen erlangt werden, kann auch der Besitz durch die Handlung eines Anderen erworben werden“[2]).

§ 802.

Ausschließung der compossessio in solidum.

In dem § 802 wird nur eine Konsequenz des Besitzbegriffes, welcher eine compossessio in solidum ausschließt, ausgesprochen. Die Hinweisung auf die Unmöglichkeit der compossessio in solidum erscheint indessen um deswillen zweckmäßig, weil damit einer unrichtigen Auslegung der Vorschriften über den Besitzerwerb vorgebeugt wird.

Besitzerwerb mittels Uebergabe.

§§ 803—805.

Bedeutung der Vorschriften für die Erwerbung des Eigenthumes an beweglichen Sachen durch Vertrag.

Der Entwurf bringt über einen bestimmten Fall des Besitzerwerbes spezielle Vorschriften, nämlich über den Fall des konsensualen Besitzwechsels. Bei denjenigen Eigenthumsnormen, welche daran anknüpfen, daß die Sache in einem bestimmten Zeitpunkte oder Zeitraume besessen worden ist, kommt auf die Art und Weise der Erwerbung des Besitzes nichts an, abgesehen davon, daß etwa von der zu Gunsten des Besitzers lautenden Vorschrift für den Fall des Besitzerwerbes mala fide oder durch eine strafbare Handlung eine Ausnahme gemacht wird[3]). Es giebt aber auch

[1]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 9, hess. Entw. II, 2 Art. 3.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 45; vergl. sächs. G. B. §§ 202, 203, österr. G. B. § 310, hess. Entw. VI, 2 Art. 2, bayr. Entw. III Art. 7, 8.

[3]) Vergl. § 881 Abs. 2, §§ 900, 935, 945 Abs. 1

Eigenthumsnormen, welche auf die Vorausſetzung einer beſtimmten Art der Beſitzerwerbung, nämlich der Erwerbung im Wege des konſenſualen Beſitzwechſels ſich gründen. Dieſe Eigenthumsnormen betreffen die Erwerbung des Eigenthumes an beweglichen Sachen durch Vertrag. Man könnte deshalb daran denken, um Vorausſetzung und Rechtsnorm nicht von einander zu trennen, die Vorſchriften über den konſenſualen Beſitzwechſel in den Abſchnitt über die Erwerbung des Eigenthumes an beweglichen Sachen zu ſtellen[1]). Einer ſolchen Stellung der Vorſchriften ſteht indeſſen das Bedenken entgegen, daß dieſelben auch für die Frage des Vorhandenſeins des Beſitzes ſowohl bei beweglichen Sachen als bei Grundſtücken ihre Bedeutung behalten. Der konſenſuale Beſitzwechſel iſt auf Seiten des früheren Beſitzers ein Aufgeben des Beſitzes, bei welchem die Willenskundgebung manches Beſondere hat und eine nähere Klarſtellung verdient. Die vorliegenden Beſtimmungen dienen deshalb zugleich zur Ergänzung der Vorſchriften über die Beendigung des Beſitzes durch Aufgeben desſelben.

Keine quasi-traditio juris.

Einige Rechte kennen eine quasi-traditio juris[2]). Der Entwurf kennt nur den konſenſualen Wechſel des Sachbeſitzes. Außer dieſem Beſitzwechſel kommt auch der entſprechende Inhabungswechſel in Betracht. Daneben könnte man nur an eine der quasi-possessio juris (§ 979) entſprechende quasi-traditio bei Grunddienſtbarkeiten und beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten als an die konſenſuale Herſtellung eines dem Inhalte des Rechtes entſprechenden Ausübungszuſtandes denken. Bei Annahme des Eintragungsprinzipes in Anſehung der Begründung und Uebertragung der Rechte an Grundſtücken (§ 828) bleibt für eine derartige quasi-traditio kein Raum.

Uebergabe der handelsrechtlichen Verfügungspapiere.

Für gewiſſe Fälle der Uebertragung des Eigenthumes an beweglichen Sachen iſt im Handelsrechte von dem Erforderniſſe der Sachtradition abgeſehen und die Tradition der handelsrechtlichen Verfügungspapiere für genügend erklärt. Derartige handelsrechtliche Vorſchriften beſtimmen nicht einen qualifizirten konſenſualen Beſitzwechſel, ſondern enthalten eine Ausnahme von den geſetzlichen Erforderniſſen der Sachübergabe, gehören alſo unter die Vorſchriften über die Eigenthumserwerbung.

Symboliſche Tradition.

Bei der ſog. fingirten oder ſymboliſchen Tradition handelt es ſich dagegen um eine wirkliche Uebergabe. Die Vorſchriften über die ſymboliſche Tradition haben den Zweck, einer unrichtigen Verneinung der Erlangung der thatſächlichen Gewalt auf Seiten des Empfängers vorzubeugen. Beſonders häufig iſt die Verweiſung auf die ſymboliſche Tradition durch Schlüſſelübergabe[3]). Gegen die Aufnahme derartiger Beſtimmungen iſt der allgemeine Grund geltend zu machen, daß die Frage der Erlangung der thatſächlichen Gewalt bei der Vielgeſtaltigkeit der Fälle und der hieraus für ein geſetz-

---

[1]) Vergl. öſterr. G. B. §§ 426 ff., heſſ. Entw. II, 3 Art. 54.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 § 281 in Verb. mit § 271; code civil Art. 1607, öſterr. G. B. § 427.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 65, code civil Art. 1606, ſächſ. G. B. § 199, öſterr. G. B. § 427, bayr. Entw. III Art. 4.

geberisches Eingreifen sich ergebenden Gefahr besser der richterlichen Würdigung im einzelnen Falle vorbehalten bleibt.

„Mittels" Uebergabe.

Der Entwurf redet von der Besitzerwerbung mittels Uebergabe und nicht von Besitzerwerbung durch Uebergabe der Sache, um nicht dem Ausdrucke „Uebergabe der Sache" den engeren Sinn beizulegen, daß damit stets der konsensuale Besitzwechsel und nicht etwa auch der konsensuale Inhabungswechsel gemeint sei. Der Deutlichkeit wegen ist übrigens im Entwurfe der Ausdruck Uebergabe stets nur gebraucht, wenn es sich um Besitzwechsel handelt, und für die Fälle des entsprechenden Inhabungswechsels vermieden.

Endigung des Besitzes bei der Uebergabe durch Aufgeben.

Der Entwurf geht davon aus, daß der Besitz entweder animo, durch Aufgeben, oder corpore beendigt werde. Das Aufgeben des Besitzes verliert den Karakter der Dereliktion und wird zur Tradition, wenn nur zu Gunsten einer bestimmten Person, damit diese in unmittelbarem Anschlusse an den früheren Besitz Besitzer werde, der Besitz aufgegeben werden sollte. Das Aufgeben soll in diesem Falle nur dann wirksam sein, wenn es dem Einverständnisse derjenigen Person, zu deren Gunsten es geschieht, begegnet. Die Willenseinigung des bisherigen Besitzers und des Besitzerwerbers ist die Voraussetzung dafür, daß gerade diese Art des Besitzwechsels stattfinde. Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, wird man auf die beiderseitigen Willenskundgebungen die Vorschriften über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen anzuwenden haben, so daß also im Falle der Geschäftsunfähigkeit, des wesentlichen Irrthumes, der Anfechtung wegen Drohung oder Betruges die Voraussetzung nicht erfüllt ist. Der consensus in idem placitum ist aber nur Voraussetzung für die Annahme gerade eines konsensualen Besitzwechsels, nicht ein dinglicher Vertrag, welcher den Besitzwechsel als begehrte rechtliche Wirkung herbeiführt; denn der Besitz ist thatsächlicher Natur und das beiderseitige bloße Gewollthaben kann nicht in thatsächlichen Verhältnissen eine Aenderung hervorbringen. Es würde deshalb nicht unbedenklich sein, die Vorschriften über Verträge schlechthin für analog anwendbar zu erklären, insbesondere erscheint die Anwendbarkeit der Vorschriften über die sachliche Bindung des Offerenten zweifelhaft und nur dann zulässig, wenn der Empfänger — in den Fällen einer brevi manu traditio — bereits als Detentor die thatsächliche Gewalt über die zu übergebende Sache ausübt; vergl. die Bemerkungen zu § 901. In dem Falle der Eigenthumstradition werden der Konsens über den Besitzwechsel und der Konsens über die Eigenthumsübertragung sich schwer von einander trennen und in ihrer Wirksamkeit verschieden beurtheilen lassen. Mögen aber auch über die Anwendung der Vertragsgrundsätze auf den konsensualen Besitzwechsel nach einigen Richtungen Zweifel, welchen immerhin eine mehr theoretische Bedeutung beiwohnt, bestehen bleiben, so gehört eine Entscheidung derartiger Rechtsfragen, bei deren Beantwortung das Zurückgehen auf die allgemeinen Rechtsprinzipien nicht im Stiche läßt, nicht in das Gesetz und bleibt besser der Doktrin und Praxis vorbehalten.

Uebergabe ist kein Vertrag.

Erfüllt sich die Voraussetzung des beiderseitigen Konsenses in den Besitzwechsel nicht, so ist damit noch nichts über die Frage entschieden, ob in Folge des äußeren Vorganges ein Besitzverlust auf der einen Seite und eine Besitzerwerbung auf der anderen Seite eingetreten sei; nur ist jedenfalls nicht mittels

Uebergabe Beſitz erworben. Der anderweitige Beſitzerwerb beurtheilt ſich nach den gewöhnlichen Grundſätzen; hat z. B. ein Wahnſinniger tradirt, ſo liegt ein Fall der Aufhebung des Beſitzes corpore vor.

Uebergabe zur Inhabung.

Ueber den konſenſualen Inhabungswechſel, welcher als Erforderniß der vertragsmäßigen Begründung des Nießbrauches und des Pfandrechtes an beweglichen Sachen ähnliche Bedeutung hat, wie der konſenſuale Beſitzwechſel als Erforderniß der vertragsmäßigen Begründung des Eigenthumes, bringt der Entwurf keine Vorſchriften. Dieſe Enthaltſamkeit iſt die Folge davon, daß der Entwurf die Erwerbung und den Verluſt der Inhabung prinzipiell nicht regeln will. Erſcheint die Inhabung als bewußte und gewollte thatſächliche Gewalt, wie dies in dem Uebergabefalle ſelbſtverſtändlich iſt, ſo iſt der Inhabungswille das Analogon des Beſitzwillens und nur in Anſehung des Zweckes, zu welchem die thatſächliche Gewalt geübt wird, von demſelben verſchieden. Die den Beſitzwillen betreffenden Vorſchriften ſind deshalb auf den Inhabungswillen entſprechend anwendbar, insbeſondere die Vorſchriften über Vertretung, nach denen neben der eigenen Inhabung eine in dem Vertretenſein ihre Grundlage findende Oberinhabung möglich wird, ferner die Vorſchriften über Aufgeben und damit auch die Vorſchriften über die Beſitzerwerbung mittels Uebergabe. Die analoge Anwendbarkeit dieſer Vorſchriften und der mit denſelben in einem inneren Zuſammenhange ſtehenden Vorſchriften, welche ſich auf das Erforderniß des Beſitzwillens beziehen, im Geſetze zu beſtimmen und genau zu begrenzen, erſcheint entbehrlich, weil die ſtattfindende Aehnlichkeit unverkennbar iſt, und bedenklich, weil dadurch Mißverſtändniſſen Vorſchub geleiſtet werden könnte. Insbeſondere bleibt zu beachten, daß die Erwerbung der Inhabung nicht von der Rechtsgültigkeit der Willenskundgebung des Erwerbers (§ 800) abhängt, wie der Beſitzerwerb, und daß die Oberinhabung nicht wirkliche Inhabung iſt, während derjenige, welcher durch einen vertretenden Inhaber beſitzt, wirklicher Beſitzer bleibt.

Tradirt der bloße Inhaber, für welchen noch nicht nach § 873 das Vertretungsverhältniß gelöſt iſt, ſo liegt kein konſenſualer Beſitzwechſel vor, wenn auch der Empfänger in Folge ſeiner Apprehenſion die Sache erworben hat; denn es mangelt an dem Konſenſe des bisherigen Beſitzers (vergl. § 874 Abſ. 2).

Zwei Geſtaltungen der Uebergabe ſind zu unterſcheiden: Beſitzerwerb mit wirklicher Inhabung des Erwerbers (§ 803) und Beſitzerwerb, bei welchem für den Erwerber die Erlangung der eigenen thatſächlichen Gewalt durch die Gewinnung eines Vertreters in der Ausübung derſelben erſetzt wird (§§ 804, 805).

Uebergabe mit Einräumung der Inhabung.

I. In den Vorſchriften des § 803 wird vorausgeſetzt, daß die Inhabung bei dem einen oder dem anderen Betheiligten, nicht aber in den Händen eines Dritten, ſich befindet und daß der Erwerber eigene Inhabung erlangt.

In dem erſten Abſatze des § 803 wird unter Einräumung des Beſitzes die Kundgebung des Willens des Tradenten, die Sache nicht mehr als die ſeinige zu haben, verſtanden. Von dem Aufgeben des Beſitzes (§ 808) unterſcheidet ſich dieſe Kundgebung dadurch, daß nur relativ zu Gunſten des Empfängers der Beſitzwille zurückgezogen wird, ſo daß alſo die Zueignung der

Sache durch einen Dritten kein mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgender Besitzerwerb sein würde. Unter Ergreifen des Besitzes wird diejenige Kundgebung des Besitzwillens verstanden, welche gerade mit Bezug auf die Einräumung und um der Einräumung willen erfolgt und welche mit der nach § 797 erforderlichen Erlangung der thatsächlichen Gewalt verbunden ist. Aus dem von dem Entwurfe befolgten Grundsatze, von einer näheren Bestimmung der Merkmale für das Vorliegen des Erfordernisses der Erlangung der thatsächlichen Gewalt in der Person des Erwerbers abzusehen, ergiebt sich, daß diese Seite des Vorganges der freien richterlichen Würdigung vorbehalten bleibt. Es wird mithin abgesehen von Bestimmungen über die Gestaltung der Uebergabe je nach Verschiedenheit der Umstände, insbesondere je nachdem es sich um bewegliche Sachen oder um Grundstücke handelt[1]).

Nur in einer Richtung ist eine Bestimmung erklärender Natur für zweckmäßig erachtet (§ 803 Abs. 2). Die Frage der Erlangung der thatsächlichen Gewalt wird einer verschiedenen Beurtheilung unterliegen, je nachdem ein erklärter Konsens des Tradenten und des Empfängers vorliegt oder eine Ergreifung des Besitzes ohne Konsens des bisherigen Besitzers stattfindet. In dem ersteren Falle ist eine Zuschreibung der thatsächlichen räumlichen Herrschaft an den Empfänger schon dann innerlich begründet, wenn beide Theile zu dem Einverständnisse gelangt sind, daß die thatsächliche Gewalt nunmehr bei dem Empfänger sein solle, sofern der unmittelbaren wirklichen Ausübung dieser Gewalt keinerlei Hinderniß im Wege stand. Eine an der Sache selbst vorgenommene Besitzhandlung ist nicht erforderlich. Die Aufstellung eines solchen Erfordernisses würde dem Vorwurfe eines ungerechtfertigten Formalismus nicht entgehen. Die thatsächliche Gewalt erfordert weder bei ihrem Beginne noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache, sondern nur eine solche Gestaltung aller Umstände, daß dem Erwerber die thatsächliche Herrschaft zugeschrieben und in Ansehung aller übrigen Personen verneint werden kann. Die Umstände liegen verschieden bei dem konsensualen Besitzwechsel und im Falle der Besitzentziehung. In dem letzteren Falle wird die bloße Möglichkeit der unmittelbaren Apprehension niemals genügen.

Fall der Uebersendung.

Aus den §§ 801, 809 ergiebt sich, daß die Einräumung sowie die Ergreifung des Besitzes durch Stellvertreter vorgenommen werden kann. In dem Falle der Uebersendung beweglicher Sachen stellt sich die Frage, ob die mit dem Transporte der Sache beauftragte Person Vertreter des einen oder des anderen Theiles sei, und bestimmt sich nach ihrer Beantwortung der Zeitpunkt des Besitzerwerbes. Diese Frage ist eine Thatfrage des einzelnen Falles. Auf die Beantwortung derselben ist die Bestimmung der Art der Versendung durch den Empfänger, wenn das Gesetz schweigt, ohne entscheidenden Einfluß. Das sächs. Gesetzbuch[2]) legt jener Bestimmung einen solchen Einfluß bei; es stellt mithin die Auslegungsregel auf, daß im Falle der Bestimmung

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 61—65; sächs. G. B. §§ 198, 199; code civil Art. 1606, 1607; bayr. Entw. III Art. 4; hess. Entw. III Art. 54.

[2]) § 204; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 128 ff., österr. G. B. § 429.

der Art der Versendung vom Destinatär eine Vollmacht ertheilt, vom Absender übermittelt und vom Transportanten benutzt sei. Eine solche Auslegung entbehrt der inneren Rechtfertigung. Ebensowenig kann der Vorschrift des § 465 Abs. 1, welche die Gefahrtragung des Käufers nach der Absendung bestimmt, für die Frage nach dem Zeitpunkte der Besitzerwerbung des Destinatärs ein Einfluß zugestanden werden.

Zeitliches Auseinanderfallen von Einräumung und Ergreifung.

Die Erlangung der thatsächlichen Gewalt seitens des Erwerbers braucht dem Konsense des Tradenten in den Besitzwechsel zeitlich nicht unmittelbar sich anzuschließen. Hat sich die Erlangung der thatsächlichen Gewalt an einem anderen Orte zu vollziehen, als an demjenigen, an welchem der Konsens erklärt ist, so daß also eine unmittelbare Apprehensionsmöglichkeit nicht stattfindet, so ist der Konsens des Tradenten inzwischen gleich einer noch nicht vollendeten Willenserklärung zu behandeln. Er vollendet sich erst mit der an einem anderen Orte sich vollziehenden Apprehension, also inter absentes. Man wird deshalb die Vorschriften des § 74 Abs. 2, 3 zur analogen Anwendung zu bringen haben und einen konsensualen Besitzwechsel erst dann annehmen dürfen, wenn die Apprehension erfolgt ist, ohne daß dem Erwerber inzwischen ein Widerruf zugegangen ist, mag auch der Widerrufswille vorher vom Tradenten kundgegeben oder mag dieser gestorben oder geschäftsunfähig geworden sein.

Brevi manu traditio.

Ueber die brevi manu traditio enthält der Entwurf keine besondere Bestimmung. Der Grund hierfür ist, weil, wenn der Empfänger bereits Inhaber ist, die Möglichkeit der unmittelbaren Apprehension des Erwerbers am klarsten vorliegt und es deshalb nicht nöthig und nicht angemessen erscheint, für diesen Fall, in welchem die Anwendbarkeit des § 803 Abs. 2 am deutlichsten hervortritt, eine besondere Bestimmung zu geben.

Brevi manu traditio an sich selbst.

Da der Entwurf nicht von der Annahme der Unmöglichkeit eines Kontrahirens mit sich selbst ausgeht und da folgeweise auch nicht davon ausgegangen werden kann, daß die im Uebergabefalle erforderliche Kundgebung des beiderseitigen Konsenses nicht von dem einen Theile zugleich für sich und als Vertreter des anderen Theiles geschehen könne, so bleibt eine brevi manu traditio seitens des vertretungsberechtigten Inhabers an sich selbst möglich. Der Entwurf bringt über diesen Fall keine besondere Bestimmung, obwohl für den umgekehrten Fall der Umwandlung des Besitzers, der zugleich Inhaber ist, in einen bloßen Inhaber in Folge einer Tradition an sich selbst als Vertreter des Erwerbenden in § 805 Abs. 2 eine Bestimmung gegeben ist. Das Schweigen des Entwurfes über den Fall der brevi manu traditio an sich selbst als Erwerber des Besitzes beruht auf folgenden Gründen: In den Fällen der auf Vollmacht beruhenden Vertretungsmacht wird man kaum nöthig haben, den Akt des Vertreters als eine Tradition an sich selbst aufzufassen. Man wird vielmehr die Willenserklärung des Vertretenen, welche den Vertreter ermächtigt, ebenso wie dritte Gläubiger auch sich selbst zu befriedigen, soweit es sich um eine Verbindlichkeit des Vertretenen zur Einräumung des Besitzes handelt, als eine Gestattung der Besitzergreifung des Vertreters auffassen können. In dem Falle der gesetzlichen Vertretung ist freilich eine solche Auffassung ausgeschlossen. Es wird somit hier auf die Beantwortung der Frage des Umfanges der gesetz-

lichen Vertretungsmacht ankommen. Die Spezialvorschriften über diesen Umfang müssen ergeben, inwieweit der Vertreter ermächtigt ist, sich selbst zu befriedigen. Eine solche Ermächtigung wird immer nur in beschränkter Weise unter Wahrung der Abhängigkeit der Veräußerungswirkung von der materiellen causa der Veräußerung ertheilt werden. Es könnte deshalb durch eine dem § 805 Abs. 2 entsprechende Vorschrift für den vorliegenden Fall leicht das gefährliche Mißverständniß erregt werden, daß insoweit als der Vertreter an Dritte wirksam veräußern könne, auch die Veräußerung an sich selbst statthaft sei.

II. Der Erwerber erlangt nicht die thatsächliche Gewalt, sondern gewinnt nur einen Vertreter in der Ausübung derselben.

A. Die Sache befindet sich in den Händen einer dritten Person, welche die thatsächliche Gewalt für den tradirenden Besitzer ausübt. Diesen Fall der Uebergabe durch Anweisung betrifft § 804. Die Einräumung des Besitzes seitens der Tradenten kann hier nicht darin bestehen, daß der Tradent dem Empfänger die Apprehension der Sache freigiebt, sondern nur darin, daß er zu Gunsten des Empfängers den ihm gegenüber gebundenen Vertreter freigiebt, damit dieser fortan Vertreter des Empfängers sei. Das Ergreifen des Besitzes auf Seiten des Empfängers besteht in der Annahme des Inhabers als Vertreters. Uebergabe durch Anweisung.

Das Aequivalent der eigenen Inhabung, bestehend in dem Vertretungsverhältnisse, wird in den Fällen der §§ 804, 805 dem Erwerber des Besitzes durch Willenserklärungen verschafft und zwar bei der Anweisung durch den Konsens dreier Personen, unter Hineinziehung des den bisherigen Besitzer vertretenden Inhabers. Ueber die Frage, inwieweit auf diese Willenserklärungen die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Erklärungen Anwendung zu finden haben, enthält der Entwurf keine Vorschrift. Zu berücksichtigen ist auch hier, daß die Aenderung des Besitzstandes der Natur des Besitzes entsprechend thatsächlicher Natur ist und nicht als begehrte Rechtsfolge der Erklärungen eintritt.

Die Vorschriften, welche der Entwurf giebt, bezwecken, einer zu großen Strenge in den Anforderungen, welche an die Willenskundgebungen und deren Richtung gestellt werden könnten, vorzubeugen. Man könnte verlangen, daß zu den zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber auszutauschenden Kundgebungen des Konsenses ein weiterer Austausch von Willenskundgebungen zwischen dem Erwerber und dem angewiesenen Inhaber, des ersteren, daß er den letzteren als Vertreter annehme, und des letzteren, daß er Vertreter des ersteren fortan sein wolle, hinzutreten müsse. Der Entwurf bringt folgende Erleichterungen:

1. Die Kundgebung des Erwerbungswillens braucht nicht gerade in unmittelbarer Richtung auf den bisherigen Besitzer, sondern kann gegen den angewiesenen Inhaber, indem sie zugleich die Annahme desselben zum Vertreter enthält, geschehen. Da der konsensuale Besitzwechsel kein Vertrag ist, so darf man eine zum beiderseitigen Bewußtsein des Tradenten und des Erwerbers gebrachte Willensübereinstimmung nicht verlangen.

2. Die Kundgebung des Willens des Besitzerwerbers, den anzuweisenden oder angewiesenen Inhaber als Vertreter anzunehmen, braucht nicht gerade

gegenüber dem Inhaber, sondern kann auch gegenüber dem Tradenten erfolgen. Im Verkehre pflegt der Empfänger, welchem der Tradent den Besitz zu verschaffen hat, diesem zu überlassen, daß er den Inhaber für ihn in Pflicht nehme. Hat der Empfänger dem Anweisenden den Besitzwillen erklärt, so ist außer der Anweisung und der Unterwerfung unter dieselbe eine weitere Apprehensionserklärung nicht zu verlangen, da durch die im Einverständnisse mit dem Empfänger ergangene Anweisung eine solche Apprehensionserklärung als dem angewiesenen Inhaber übermittelt anzusehen ist. Sollten die Anweisung und die Unterwerfung unter dieselbe vorausgegangen sein und die Erklärung des Besitzwillens seitens des Empfängers nachfolgen, so enthält die letztere Erklärung die Genehmigung der im Namen des Erwerbers dem Inhaber übermittelten Aufforderung, und wird eine ähnliche Beurtheilung einzutreten haben, wie bei dem Erwerbe des Besitzes durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht.

3. Die Unterwerfung unter die Anweisung hat unter Umständen einschneidende Folgen für die Rechte des angewiesenen Inhabers. Der Inhaber steht in einem jeden Falle in einem Schuldverhältnisse zu dem von ihm in der Ausübung des Besitzes vertretenen Besitzer, mag er nun die Inhabung im Interesse des Besitzers empfangen haben, um Dienste an der ihm übergebenen Sache zu leisten, z. B. als Verwahrer, oder mag er die Inhabung im eigenen Interesse vermöge eines obligatorischen oder eines dinglichen Rechtes ausüben. Mit dem durch Unterwerfung unter die Anweisung sich vollziehenden Besitzwechsel endigt das eine Schuldverhältniß und ein neues Schuldverhältniß mit einem anderen Gläubiger tritt an dessen Stelle. Bringt der Besitzwechsel den Eigenthumswechsel mit sich, handelt es sich also um bewegliche Sachen, so endigt, wenn der Inhaber Nießbraucher oder Pfandgläubiger ist, das bestehende Legalschuldverhältniß gegenüber dem bisherigen Gläubiger und ein neues Legalschuldverhältniß gegenüber dem neuen Eigenthümer wird begründet. Dabei gestaltet sich die Rechtslage des angewiesenen Inhabers ungünstiger als die Rechtslage eines debitor cessus, mithin auch ungünstiger, als wenn der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird; denn der neue Erwerber sukzedirt nicht in die obligatorischen Rechte und Pflichten des Anweisenden, so daß er allen Einreden ausgesetzt bliebe, sondern er erhält selbständige obligatorische Rechte. Lediglich aus dem neuen Schuldverhältnisse beurtheilt sich das Retentionsrecht des angewiesenen Inhabers gegenüber dem neuen Besitzer. Ferner verdient darauf hingewiesen zu werden, daß in der Anerkennung des Erwerbers als Besitzers eine Anerkennung des Eigenthumes desselben zu finden und auf die Beweisfrage in Ansehung des Eigenthumes auch abgesehen von der Aufstellung einer gesetzlichen Eigenthumsvermuthung zu Gunsten des Besitzers von Einfluß sein wird.

Die bezeichneten Aenderungen in der Rechtslage des Inhabers darf man nicht gegen den Willen des Inhabers eintreten lassen. Diese Einschränkung der Wirkung der Anweisung wird auch im Gesetze Ausdruck zu finden haben, obwohl ein solcher Ausdruck in den modernen Gesetzgebungswerken häufig fehlt [1]).

[1]) Sächs. G. B. § 201, bayr. Entw. III Art 5

Da der angewieſene Inhaber nur unter beſonderen Umſtänden ein Intereſſe daran hat, daß ein Beſitzwechſel nicht eintrete, ſo rechtfertigt es ſich, die Wahrnehmung dieſes Intereſſes durch unverzüglichen Widerſpruch gegen die Anweiſung ihm aufzuerlegen und nicht eine ausdrückliche Annahme der Anweiſung zu verlangen[1]). Das Schweigen des Inhabers bleibt eine Willenserklärung. Daß die Widerſpruchserklärung ſowohl dem bisherigen Beſitzer als dem neuen Erwerber gegenüber geſchehen kann, iſt um deswillen gerechtfertigt, weil eine entgegengeſetzte Beſtimmung eine Beſchränkung des Inhabers nach ſich ziehen würde, für welche ein Grund nicht vorliegt.

Constitutum possessorium.

B. Der andere, ſcheinbar einfachere, jedoch in Wirklichkeit zu einer größeren Anzahl geſetzgeberiſcher und praktiſcher Zweifel Anlaß gebende Fall der Beſitzerwerbung durch Gewinnung eines Vertreters in der Ausübung der thatſächlichen Gewalt iſt der Fall des constitutum possessorium. In dieſem Falle wird als Tradent ein Beſitzer vorausgeſetzt, welcher zugleich Inhaber iſt; denn ſonſt liegt der Fall der Uebergabe durch Anweiſung vor. Schweigt das Geſetz, ſo iſt die Beſitzerwerbung durch constitutum possessorium nicht ausgeſchloſſen, weil die Inhabung eines Vertreters, was die Beſitzerwerbung anbelangt, für gleich wirkſam erklärt worden iſt mit dem eigenen Erlangen der thatſächlichen Gewalt.

Die geſetzgeberiſchen Bedenken gegen die Anerkennung des Beſitzwechſels durch constitutum possessorium beruhen auf Folgendem: Wenn der Beſitz als Vorausſetzung für das Eingreifen gewiſſer Eigenthumsnormen vorkommt, ſo kann die geſetzliche Vorausſetzung nicht um deswillen als erfüllt gelten, weil die Betheiligten übereingekommen ſind, dieſelbe als erfüllt gelten laſſen zu wollen. Der Beſitzwechſel tritt nicht als begehrte Rechtswirkung rechtsgeſchäftlicher Willenserklärungen, ſondern er tritt wie ein jeder thatſächliche Zuſtand als Folge einer Veränderung der realen Verhältniſſe ein. Zu dieſen realen Verhältniſſen gehört auch die Willenslage des Beſitzers und des Inhabers. Die Betheiligten können die erforderliche Veränderung in den realen Verhältniſſen durch ihr Handeln herbeiführen, aber nicht vermöge ihrer Erklärungen als eingetreten gelten laſſen. Bei dem constitutum possessorium betrifft ebenſo wie in dem Falle der Anweiſung die Veränderung lediglich die Willenslage der Betheiligten und tritt in Willenserklärungen zu Tage, jedoch beſteht der Unterſchied zwiſchen constitutum und Anweiſung, daß bei letzterer die Willenslage des angewieſenen Inhabers umgeſtimmt werden muß, während bei dem constitutum die Veränderung lediglich in den Erklärungen des Tradenten und des Empfängers hervortritt. Das Gleiche gilt zwar auch bei der brevi manu traditio; jedoch iſt hier die körperliche Apprehenſion der Sache durch den Erwerber vorausgegangen. Bei dem constitutum possessorium hat mithin der neue Beſitz die ſchwächſte Grundlage, nämlich nur die Kundgebung des Vertretungswillens des bisherigen Beſitzers, bei welcher der Zweifel beſteht, wie das Behalten der Sache ungeachtet der Uebergabe ſich erkläre. Die reale Veränderung im Beſitzſtande wird in Folge dieſes Umſtandes zweifelhaft; dieſer Umſtand könnte für den Geſetzgeber einen Grund bilden, den Beſitz-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 67.

erwerb durch constitutum possessorium auszuſchließen. Eine richtige Entſcheidung dieſer Frage kann man nur gewinnen, wenn man diejenigen Eigenthumsnormen berückſichtigt, welche den Beſitz oder den Beſitzerwerb zur Vorausſetzung haben, und wenn man alsdann weiter unterſucht, ob ein Beſitzerwerb durch constitutum possessorium die Vorausſetzung genügend erfülle. Verfährt man dergeſtalt, ſo zeigt ſich, daß unterſchiedlich das constitutum gegenüber einigen Eigenthumsnormen genügt, gegenüber anderen Eigenthumsnormen nicht genügt. Zweifel zeigen ſich für die Annahme des Genügens in denjenigen Fällen, in denen die Beſitzerwerbung zu den Erforderniſſen einer rechtsgeſchäftlichen Erwerbung von Rechten an der Sache gehört. Handelt es ſich um Reſtitution des Beſitzes an den Eigenthümer, um Vortheile, welche an eine Dauer des Beſitzes ſich knüpfen (§ 873, §§ 881–889), um den Einfluß des Beſitzes auf die Beweislage oder um das dem Beſitzer gewährte Interdikt (§ 821), ſo erregt das constitutum possessorium keine Bedenken. Bedenken erheben ſich nur, wenn das constitutum possessorium als Aequivalent der körperlichen Uebergabe das Erforderniß eines dinglichen Vertrages erfüllen ſoll. Regel wird mithin die Nichtausſchließung der Wirkſamkeit des constitutum ſein müſſen. Bei Erörterung der Vorſchriften über dingliche Verträge wird die Nothwendigkeit von Ausnahmen zu prüfen bleiben. Hier genügt es, darauf hinzuweiſen, daß der Entwurf lediglich in den Fällen des gutgläubigen Eigenthumserwerbes (§ 879) und der rechtsgeſchäftlichen Begründung des Fauſtpfandrechtes (§ 1147 Abſ. 2) Ausnahmen gemacht hat.

Bei den mannigfachen Zweifeln, welche in Anſehung der Wirkſamkeit des constitutum possessorium beſtehen, darf der Geſetzgeber nicht ſchweigen und nicht mit der Nichtausſchließung ſich begnügen[1]). Daneben iſt aber auch eine Anforderung an den Vorgang zu beſtimmen, mittels deſſen das constitutum ſich vollzieht. Das Behalten der Sache ſeitens des Tradenten ſteht in einem gewiſſen Widerſpruche zu der Erklärung der Beſitzeinräumung, und dieſer Widerſpruch muß durch Klarlegung des von den Betheiligten angenommenen rechtlichen Grundes des Behaltens beſeitigt ſein, wenn der Räumungserklärung Wirkung beigelegt werden ſoll. Am deutlichſten erklärt ſich das Behalten aus einem dem bisherigen Beſitzer eingeräumten obligatoriſchen oder dinglichen Rechte, kraft deſſen die Inhabung von demſelben noch eine Zeit lang auszuüben iſt. Das Behalten kann aber auch durch eine von dem bisherigen Beſitzer kraft eines Auftrages, eines Hinterlegungs- oder eines Dienſtvertrages übernommene Verpflichtung[2]) genügend erklärt werden, und ein Verkehrsbedürfniß, für dieſen Fall die Wirkſamkeit des constitutum zu verneinen, liegt nicht vor; aber allerdings wird hier im einzelnen Falle beſonders ſorgfältig zu prüfen ſein, ob die Betheiligten ein Pflichtverhältniß des bisherigen Beſitzers ernſtlich gewollt und ſich nur die Hin- und Rückgabe erſpart haben, oder ob

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 7 §§ 71—73, bayr. L. R. II, 5 § 7, ſächſ. G. B. § 201, öſterr. G. B. § 648, bayr. Entw. III Art. 5, heſſ. Entw. IV, 2 Art. 8.

[2]) Die Entſch. des R. G. Bd. 5 S. 181 verneint für dieſen Fall nicht die Wirkſamkeit des constitutum, ſondern es wird nur im konkreten Falle verneint, daß die Betheiligten wirklich eine Verwahrungspflicht gewollt haben.

etwa nur zum Nachtheile Dritter der Schein eines perfekten Eigenthumsübertragungsvertrages erregt werden sollte. An die Beweisvorschriften des § 194 wird der Richter bei Prüfung der reinen Thatfrage des Besitzwechsels nicht gebunden sein. Ferner ist zu bemerken, daß zur Aufklärung der wirklichen Willenslage nur der vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Rechtsverhältnisses erforderlich ist und nicht etwa die Besitzfrage von der Rechtsfrage abhängt, ob gültig verpfändet oder vermiethet ist.

Uebergabe an sich selbst.

Der zweite Absatz des § 805 betrifft denjenigen Fall des constitutum possessorium bei welchem die Besonderheit hinzutritt, daß der bisherige Besitzer und Inhaber berechtigt ist, den anderen Theil in Ansehung des Besitzerwerbers zu vertreten. Bereits S. 94, 95 ist erörtert, daß ein secum contrahere unter Vereinigung der Rollen des Vertreters und des Vertretenen in einer Person nicht ausgeschlossen ist und ebensowenig ein Tradiren an sich selbst. Die Bestimmung des § 805 Abs. 2 ist aufgenommen worden, weil die Fälle des Tradirens des Veräußerers an sich selbst als den Vertreter des Erwerbers von großer praktischer Bedeutung sind. Die Erfüllung von Verpflichtungen des Vertreters gegen den Vertretenen würde ohne die Zulässigkeit einer derartigen Tradition in einer dem Interesse beider Theile widersprechenden Weise erschwert werden und würde diese Erschwerung besonders in dem Falle der gesetzlichen Vertretung sich fühlbar machen, da hier nur das schwierige Aushülfsmittel der Bestellung eines Vertreters ad hoc eine Uebergabe der bezeichneten Art ermöglichen würde. Der zu verlangende äußere Willensakt braucht nicht gerade an der Sache sich zu vollziehen. Auch eine Buchung oder eine sonstige zweifellose Willenskundgebung können genügen. Von besonders praktischer Bedeutung ist die Bestimmuug in den Fällen, in denen der konsensuale Besitzwechsel Erforderniß des Eigenthumsübertragungsvertrages ist, mithin wenn es sich um die Uebertragung des Eigenthumes an beweglichen Sachen handelt. Es liegt indessen kein Grund vor, die Wirksamkeit dieser besonderen Gestaltung des constitutum possessorium auf diese Fälle zu beschränken. Auch in den Fällen der Restitution des Besitzes und der Uebergabe von Grundstücken bleibt die Anwendbarkeit der Vorschrift bestehen. Eine Beschränkung der Vorschrift auf die Uebergabe beweglicher Sachen würde derselben den Karakter einer positiven Ausnahme beilegen, während nur die Konsequenzen der allgemeinen Grundsätze klargelegt werden.

Handelt in dem Falle des § 805 Abs. 2 der Tradent zwar ohne Vertretungsmacht aber in der Vertretungsabsicht, so kommt es ziemlich auf dasselbe hinaus, ob man in der späteren Genehmigung des Vertretenen eine Hebung des Mangels der Vertretungsmacht oder eine ex nunc wirkende Erklärung des Besitzwillens finden will. Ein praktischer Unterschied könnte sich nur in Ansehung der Zuschreibung des Besitzes in der Zwischenzeit an den Vertretenen ergeben. Legt man der Genehmigung rückwirkende Kraft bei, so wird der Zwischenbesitz des Vertretenen bejaht.

§ 806.

Fortdauer des erworbenen Besitzes.

In § 797 ist nur derjenige Thatbestand angegeben, welcher in dem Augenblicke der Erwerbung des Besitzes vorhanden sein muß, um den Besitz

als erworben annehmen zu können. Zu der Fortdauer des Besitzes ist es nicht erforderlich, daß der Anfangsthatbestand in jedem ferneren Momente vorhanden ist. Auch läßt sich der zur Fortsetzung des Besitzes erforderliche Thatbestand nicht positiv, sondern nur negativ durch die Hinweisung auf die Endigungsgründe bestimmen. Diese Hinweisung soll in § 806 gegeben werden. Würde das Gesetz nur von der Erwerbung und von dem Verluste des Besitzes handeln, so könnte vielleicht auch so schon mittelbar aus demselben die Regel abgeleitet werden, daß zur Fortsetzung des Besitzes das Nichtverlorensein desselben genüge; aber ein Mittelglied der an die Stelle einer Definition zu setzenden Beschreibung des Besitzes von Anfang bis zu Ende würde fehlen und um so mehr vermißt werden, als die Frage im Gesetze nicht entschieden wird, ob der Besitz ein Recht ist.

Die Vorschrift des § 806 soll nicht über die Beweislast desjenigen entscheiden, welcher auf den Besitz in einem bestimmten Zeitpunkte nach der Erwerbung oder während eines Zeitraumes sich beruft. Wenn Jemand als Besitzer nach § 821 die Besitzklage anstellen will, so hat er nachzuweisen, daß in dem Zeitpunkte der Störung oder Veränderung der Inhaber die thatsächliche Gewalt über die Sache als sein Vertreter ausübte. Am deutlichsten tritt die Ablehnung des in seinen Konsequenzen unhaltbaren Satzes olim possessor hodie possessor in der Vorschrift des § 883 hervor, welche den Besitz für die Zwischenzeit nur dann vermuthet werden läßt, wenn außer dem Besitze im Anfange auch noch der Besitz am Ende eines Zeitraumes erwiesen ist.

Verlust des Besitzes.

§§ 807—813.

Um der im § 806 enthaltenen Hinweisung zu genügen, hat der Entwurf die verschieden Arten der Endigung des Besitzes erschöpfend zu bezeichnen. Man kann dreierlei Arten der Endigung unterscheiden:

Endigung des Besitzes. I. Ohne factum contrarium.

I. Es ist eine Endigung des Besitzes möglich, bei welcher ein factum contrarium weder in Ansehung des animus noch in Ansehung des corpus possessionis vorliegt. Freilich hebt das Zessiren des bewußten Wollens und der äußerlich hervortretenden Ausübung der thatsächlichen Gewalt den Besitz nicht auf. Wohl aber wird derselbe aufgehoben, wenn, auch ohne jedes factum contrarium, nach dem veränderten Zustande der Dinge der Besitz aufhört, denkbar zu sein. Dies kann auf eine doppelte Weise eintreten:

1. Unmöglichwerden des Besitzes.

1. Der Besitz wird in Gemäßheit der Vorschriften des § 798 unmöglich. Der § 807 bestimmt, daß der Besitz in solchem Falle beendigt wird. Man könnte dieses Ergebniß vielleicht schon aus § 798 ableiten; die besondere Bestimmung in § 807 wird sich indessen aus dem Zwecke der erschöpfenden Hervorhebung aller Verlustthatsachen rechtfertigen.

2. Wegfall der Person des Besitzers.

2. Die Person des Besitzers fällt weg; die natürliche Person stirbt oder die juristische Person erlischt. Daß hier der Besitz der nicht mehr vorhandenen Personen beendigt ist, versteht sich so sehr von selbst, daß trotz des

gerechtfertigten Strebens nach erſchöpfender Angabe der Verluſtthatſachen die Hervorhebung dieſes Endigungsgrundes auffällig ſein würde.

Keine Vererblichkeit des Beſitzes.

Von einer Fortdauer des Beſitzes in dem Sinne, daß derſelbe nur das Subjekt wechſelt und im Wege der Univerſalſukzeſſion auf die Erben übergeht, kann man nicht reden, wenn man nicht von einem Begriffe des Beſitzes ausgehen will, welcher dem röm. Rechte und den demſelben folgenden Geſetzgebungen, ſowie dem Entwurfe fremd iſt.

Für das ältere deutſche Recht wird ein von Rechtswegen erfolgender Eintritt des Erben in den Beſitz — die Gewere — des Erblaſſers behauptet; dieſe germaniſtiſche Anſchauung iſt nicht ohne Einfluß auf einige moderne Geſetzgebungen geblieben[1]). Man kann aber die Frage, ſtatt auf den Uebergang des Beſitzes im Erbwege, auch anders ſtellen und gelangt auf dieſem Wege zu einem den Anforderungen des Verkehres entſprechenden und mit dem Beſitzbegriffe nicht im Widerſpruche ſtehenden Reſultate. Wenn auch der Erbe nicht in den Beſitz und noch weniger in die Inhabung des Erblaſſers eintritt, ſo bleibt doch für das Rechtsverhältniß des Erben der Umſtand von Bedeutung, daß der Erblaſſer in dem Augenblicke des Todes Beſitzer oder Inhaber war oder daß in dieſem Augenblicke auf der Grundlage der früheren Inhabung und des früheren Beſitzes in Folge einer von der einen oder von der anderen Seite geübten verbotenen Eigenmacht Rechte für oder gegen den Erblaſſer begründet waren; ferner bewahrt die eigenmächtige Behandlung von Nachlaßſachen durch einen Nichterben den Karakter der Rechtswidrigkeit, wenn auch die Sachen derzeit noch nicht in den Beſitz und die Inhabung des Erben gelangt waren. Es rechtfertigt ſich, daß die für oder gegen den Erblaſſer vor dem Tode desſelben entſtandenen poſſeſſoriſchen Anſprüche durch deſſen Tod nicht beeinträchtigt werden, und daß der Tod des Erblaſſers die von demſelben innegehabten oder beſeſſenen Sachen nicht dem eigenmächtigen Zugriffe Dritter preisgiebt. Vorſchriften in dieſer Richtung gehören indeſſen in das Erbrecht, da dieſelben ihren Grund in der beſonderen rechtlichen Stellung des Erben finden (vergl. §§ 2052—2054). Letztere Vorſchriften dienen inſofern zur Ergänzung der auf die Beendigung des Beſitzes ſich beziehenden Vorſchriften, als hier der Tod des Beſitzers als Beendigungsgrund für den Beſitz nicht erwähnt und ſomit eine gewiſſe Unvollſtändigkeit geblieben iſt.

Soweit der Beſitz als Vorausſetzung für die Anwendung der Eigenthumsnormen zu Gunſten des Beſitzers dient, wird überhaupt der Dazwiſchentritt des Todes und die Zeit der Beſitzloſigkeit zu ignoriren und das Beſitzverhältniß ſo zu beurtheilen ſein, wie wenn der Erbe mit dem Eintritte des Erbfalles Beſitzer geworden wäre, wenn nur der Beſitz, ohne daß ein Anderer ihn in der Zwiſchenzeit ergriffen hat, ſchließlich an den Erben gelangt. Dieſe Konſequenz iſt für die Erſitzung in § 885 Abſ. 1, 2 ausgeſprochen. Sie wird aber auch gelten in Anſehung des Eigenthumserwerbes an den vor der Beſitzergreifung des Erben getrennten Früchten (vergl. § 900); ferner wenn während dieſer

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 48, code civil Art. 724, ital. G. B. Art. 693, zür. G. B. § 493, Baumeiſter, hamb. Pr. R. Bd. 2 S. 376, Plitt, lüb. Erbr. 2. Aufl. S. 96.

Zeit eine Nachlaßsache beschädigt und zum Beweise der Höhe des Schadens auf § 825 Bezug genommen wird. Diese Konsequenzen für die einzelnen Fälle durch besondere Bestimmungen klar zu legen erscheint nicht nöthig und nicht angemessen, da das maßgebende Prinzip nicht wohl verkannt werden kann.

II. Durchfacta contraria.

II. Die §§ 808—813 betreffen die Beendigung des Besitzes durch facta contraria.

1. Aufgeben des Besitzes.

1. Auf die Beendigung des Besitzes durch Willenserklärung des Besitzers beziehen sich die § 808, 809. In dem gemeinen Rechte und in den modernen Gesetzgebungen wird diese Art der Beendigung des Besitzes anerkannt[1]) und von der Beendigung durch ein die thatsächliche Gewalt betreffendes factum contrarium unterschieden.

a) Art der Willenskundgebung.

a) In Frage kann gestellt werden, ob eine besonders qualifizirte Willenskundgebung verlangt werden muß. Man kann dabei an eine solche Willenskundgebung denken, bei welcher der Wille durch Handlungen bethätigt wird, welche eine Beendigung des Besitzes corpore in Gemäßheit der Vorschrift des § 810 Abs. 1 herbeiführen. Dann aber dürfte man von einer Beendigung des Besitzes animo überall nicht reden; denn die so bezeichnete Beendigung würde in Wirklichkeit eine Beendigung corpore sein, bei welcher nur das Besondere stattfindet, daß der bisherige Besitzer den seine thatsächliche Gewalt aufhebenden neuen Zustand, z. B. indem er die Sache in das Meer warf, selbst herbeigeführt hat. Man muß deshalb wohl davon absehen, eine Bethätigung des Willens durch Handlungen zu verlangen, welche schon ohne Rücksicht auf den in ihnen sich offenbarenden Willen das Band der thatsächlichen Herrschaft zwischen Person und Sache lösen. Ebensowenig lassen sich sonstige Anforderungen einer bestimmten Bethätigung des Aufgebungswillens stellen, welche zwar nicht zur Aufhebung der thatsächlichen Gewalt führt, aber auf eine solche Aufhebung gerichtet ist; denn eine solche Erscheinungsform des Willens entzieht sich einer jeden näheren Bestimmung. Es hat also bei der Regel zu verbleiben, daß die Willenskundgebung, für welche eine Form nicht bestimmt wird, in jeder Gestalt zu Tage treten kann, welche über den Willen keinen Zweifel läßt. Sollte die thatsächliche Gewalt in besonders bezeichnender Weise, z. B. unter Fortbestehenlassen des Verschlusses der Sache, beibehalten sein, so werden sich gewichtige Zweifel gegen die Ernsthaftigkeit der Erklärung ergeben. Aehnliche Zweifel werden auch dann eintreten, wenn der Besitzer in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt durch einen Inhaber vertreten war und seinen Aufgebungswillen nicht in der Richtung auf seinen Vertreter, also ohne Freigebung desselben äußert. Bei der Eigenthumsdereliktion ist in § 904 eine Bethätigung des Willens durch Aufgeben der thatsächlichen Gewalt, d. h. durch Herbeiführung eines mit dem Fortbestande der Inhabung nicht verträglichen Zustandes, gefordert. Diese Verschiedenheit rechtfertigt sich aber auch aus der stärkeren Wirkung der Eigenthumsdereliktion.

Soweit der Aufgebungswille seinen rein negativen Inhalt bewahrt, ist die Erklärung desselben keine solche, welche gegenüber einem Betheiligten

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 115; sächs. G. B. § 211; bayr. Entw. III Art. 23; hess. Entw. II, 2 Art. 25 Abs. 1.

abgegeben werden muß (§§ 74, 122, 126); es wird jedoch die Lossagung von der Sache, wenn die thatsächliche Gewalt über dieselbe durch einen Vertreter ausgeübt wird, ihren natürlichen und glaubwürdigen Ausdruck in einer Erklärung finden, welche in der Richtung auf den Vertreter geschieht. Soweit der Aufgebungswille zugleich einen positiven Inhalt gewinnt, indem nur zu Gunsten einer bestimmten Person aufgegeben werden soll, geht die Dereliktion in die Traditon über und muß die Erklärung, um wirksam zu sein, gegenüber dem anderen Betheiligten erfolgen. Die Konsequenzen, welche sich hieran knüpfen, sind bereits bei den Vorschriften über die Tradition S. 91 erörtert.

b) Anwendung der Vorschriften über rechtsgeschäftliche Erklärungen.

b) Ebenso, wie auf den Willensakt, durch welchen Besitz erworben wird, in Ansehung des Erfordernisses der Geschäftsfähigkeit, sowie in Ansehung der Vornahme des Willensaktes durch Vertreter nach §§ 800, 801 die Vorschriften über Rechtsgeschäfte zur Anwendung kommen, wird das Gleiche für den Willensakt, durch welchen der Besitz aufgegeben wird, zu bestimmen sein. Das Aufgeben des Besitzes ist dabei dem rechtsgeschäftlichen Aufgeben von Rechten gleichzusetzen, da, wenn auch der Besitz nicht als Recht bezeichnet werden kann, die Rechtslage des Besitzers in Ansehung der zu seinen Gunsten lautenden Eigenthumsnormen durch den Besitzverlust verschlechtert wird. Die Frage, ob Vertretungsmacht zum Aufgeben des Besitzes vorliegt, beurtheilt sich nach dem Inhalte der Vollmacht bezw. nach den Vorschriften über die Befugnisse der gesetzlichen Vertreter. Inwieweit das Aufgeben des Besitzes zum Zwecke der Restitution an den Eigenthümer oder die Uebergabe eines Grundstückes, durch welche Akte eine Veränderung im Rechte an der Sache nicht eintritt, den besonderen Vorschriften über die Veräußerung von Vermögensgegenständen unterliegt, kann dahingestellt bleiben.

Von der Rechtsgültigkeit der Aufgebungserklärung hängt nicht, wie bei der Eigenthumsdereliktion, die Wirksamkeit des sich anschließenden Erwerbes ab; es ist nur nöthig, daß in der Person des Erwerbers die Erfordernisse der Besitzerwerbung sich erfüllen. Freilich wird, wenn die Erklärung nichtig war, die neue Erwerbung nicht als eine mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgende anzusehen sein und also da, wo der konsensuale Besitzwechsel Erforderniß eines Rechtserwerbes ist, dieses Erforderniß unerfüllt bleiben, auch event. eine condictio possessionis begründet sein (§ 748 in Verb. mit § 737 Abs. 3).

c) Aufgeben der Inhabung.

c) Ueber ein Aufgeben der Inhabung nuda voluntate findet sich im Entwurfe keine Vorschrift; jedoch sind die Vorschriften über den konsensualen Besitzwechsel auf den zur Begründung des Nießbrauches und des Pfandrechtes erforderten konsensualen Inhabungswechsel entsprechend anwendbar, und giebt es hiernach ein dem Aufgeben des Besitzes tradendi causa entsprechendes Aufgeben der Inhabung.

2. Besitzverlust durch Aufhebung der Inhabung.

2. Die §§ 810—813 betreffen die Beendigung des Besitzes durch Aufhebung der thatsächlichen Gewalt bezw., wenn die thatsächliche Gewalt durch einen Vertreter ausgeübt wurde, des an die Stelle derselben tretenden Aequivalentes. Der Entwurf unternimmt es nicht, das factum contrarium, welches eingetreten sein muß, damit die thatsächliche Gewalt als aufgehoben gelte, je nachdem es sich um Grundstücke oder um bewegliche Sachen handelt,

näher zu beschreiben. Diese Enthaltsamkeit ist aus denselben Gründen gerechtfertigt, aus denen auch für den Beginn des Besitzes von einer näheren Bestimmung des Erfordernisses der thatsächlichen Gewalt abgesehen ist.

Entziehung der thatsächlichen Gewalt.

a) In § 810 Abs. 1 wird der allgemeine Satz vorangestellt, daß durch die Entziehung der thatsächlichen Gewalt über die Sache der Besitz beendigt wird. Unter Entziehung wird nicht die Handlung einer anderen Person verstanden, sondern allgemein der Eintritt eines solchen Zustandes, mit welchem die Annahme der Fortdauer der thatsächlichen Herrschaft unvereinbar ist. Ob dem Besitzer selbst, welcher zugleich Inhaber ist, oder ob dem den Besitzer vertretenden Inhaber die thatsächliche Gewalt entzogen wird, bleibt sich gleich. In dem letzteren Falle ist es möglich, daß der Vertreter den Inhabungsverlust selbst herbeiführt, z. B. indem er die Sache tradirt. In solchem Falle hat der bisherige Besitzer den Besitz corpore verloren und der neue Erwerber den Besitz nicht durch Uebergabe des Besitzes erworben. Um einen Verlust animo und einen Erwerb durch Tradition des Besitzers anzunehmen, müßte der Vertreter Vertretungsmacht zum Aufgeben des Besitzes gehabt haben.

Vorübergehende Entziehung der thatsächlichen Gewalt.

Der zweite Absatz des § 810 soll einem nahe liegenden Mißverständnisse vorbeugen. Man darf die Entziehung der thatsächlichen Gewalt nicht dahin verstehen, daß dieselbe als eingetreten gilt, wenn zeitweise der Ausübung der thatsächlichen Herrschaft Hindernisse entgegenstehen. Ein factum contrarium liegt erst dann vor, wenn die thatsächliche Gewalt endgültig aufgehoben ist. Dabei kann der Ausgang lehren, daß eine Behinderung, deren Natur von vornherein nicht erkannt werden konnte, eine endgültige war.

Keine Entziehung, wenn der neue Inhaber den Besitzer vertreten will.

b) Einem anderen nicht fern liegenden Zweifel soll die Vorschrift des § 811 begegnen. Wenn eine zur Vertretung nicht ermächtigte Person die Sache aus der Inhabung des Besitzers in die eigene Inhabung nimmt, hierbei aber als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt und die thatsächliche Gewalt für den Besitzer ausüben will, indem sie z. B. die gefährdete Sache in ihre Verwahrung nimmt, so ist die thatsächliche Gewalt dem Besitzer zwar verloren gegangen, der Besitzer hat jedoch in demselben Augenblicke, wo dieses geschah, einen Vertreter ohne Vertretungsmacht in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt gewonnen. Von der Rückbeziehung der Genehmigung hängt die Entscheidung ab, ob ein Besitzverlust als eingetreten gilt. Man kann aber auch eine verneinende Entscheidung der vorliegenden Frage darauf stützen, daß die thatsächliche Gewalt in Wirklichkeit gar nicht aufgehoben, sondern nur eine vorübergehende Behinderung der Ausübung der thatsächlichen Gewalt bis zur Rücknahme der Sache nach gewordener Kenntniß von dem Dazwischentreten des Geschäftsführers eingetreten sei. Auf jeden Fall ist der Besitzverlust zu verneinen. Die Vorschrift wird übrigens nur bei beweglichen Sachen von praktischer Bedeutung sein, da bei Grundstücken der Besitzverlust durch die Vorschrift des § 812 hinausgeschoben wird.

Aufhebung der thatsächlichen Gewalt an Grundstücken.

c) In § 812 ist eine Besonderheit für den körperlichen Besitzverlust bei Grundstücken bestimmt. Der Entwurf geht, wie bereits S. 81 hervorgehoben, davon aus, daß die Verschiedenheit der Gestaltung der Inhabung bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen wegen der möglichen Uebergangsformen eine prinzipiell verschiedene Behandlung des Besitzes an beiden Arten

von Gegenſtänden nicht rechtfertigt. Der Einfluß, welchen die natürliche Beſchaffenheit der Grundſtücke auf die Geſtaltung und Dauerhaftigkeit der Inhabung hat, bleibt trotzdem wohl zu beachten. Die Vorſchrift des § 812 beſtimmt eine Folge dieſes Einfluſſes, welche von beſonderer praktiſcher Bedeutung iſt.

Bei Grundſtücken iſt ein körperlicher Beſitzverluſt durch Verlieren oder Entfernung der Sache aus der Machtſphäre des Beſitzers nicht denkbar; ein Beſitzverluſt in Folge elementarer Ereigniſſe, z. B. Einbruch des Meeres, wird äußerſt ſelten ſein. Der einzig praktiſche Fall des Beſitzverluſtes iſt ſomit der Fall der Inbeſitznahme des Grundſtückes durch eine andere Perſon. In Ermangelung einer beſonderen Beſtimmung würde der richterlichen Beurtheilung im einzelnen Falle die Entſcheidung der Frage überlaſſen bleiben, wann die thatſächliche Gewalt über das Grundſtück als entzogen und ſomit der Beſitz als nach § 810 beendigt anzuſehen ſei. Der Richter würde wohl die Vornahme einzelner Beſitzhandlungen nicht für genügend zur Herbeiführung dieſes Reſultates erachten, aber bei einer längeren Ausübung der thatſächlichen Herrſchaft, welche in thatſächlichen Verfügungen über das Grundſtück wie Bebauung und Einhegung äußerlich zu Tage tritt, zu der Annahme eines Beſitzwechſels gelangen.

Im geltenden Rechte wird indeſſen der Eintritt des Beſitzverluſtes bis zu einem weiteren Zeitpunkte hinausgeſchoben. Vielfach gilt noch die aus dem röm. Rechte übernommene Regel, daß Beſitz und Inhabung erſt dann als verloren zu betrachten ſind, wenn der bisherige Beſitzer nicht ſofort nach erlangter Kenntniß von dem Eindringen eines Anderen die der Ausübung ſeiner thatſächlichen Gewalt aus dem Widerſtande des Okkupanten drohenden Hinderniſſe beſeitigt [1]).

Der Entwurf ſchlägt einen Mittelweg ein. Die Frage, wem von beiden Theilen, dem bisherigen Beſitzer oder dem heimlichen Okkupanten, der Beſitz zuzuſchreiben ſei, hängt von der anderen Frage ab, wem mit mehr Recht die Inhabung beigelegt werde. Die Annahme der Fortdauer des bisherigen Beſitzes, nachdem ein Wechſel der Inhabung nicht mehr zu leugnen iſt, würde zu einem fiktiven Beſitze führen. Der bisherige Beſitzer und Inhaber iſt nach § 815 Abſ. 3 berechtigt, nach erlangter Kenntniß von der Okkupation, die Inhabung — jedoch regelmäßig ohne Gewalt gegen die Perſon — ſich wieder zu verſchaffen. In dieſem Bemächtigungsrechte, welches abſoluter Natur iſt und nicht etwa blos gegen den erſten heimlichen Okkupanten, ſondern auf die Sache ſich richtet, ſetzt ſich die frühere Inhabung in gewiſſer Weiſe fort und durch dieſes Recht wird andererſeits die neue Inhabung geſchwächt. Dieſe Lage rechtfertigt es, die neue Inhabungsergreifung nicht als ein definitives factum contrarium anzuſehen, ebenſowenig aber kann einſtweilen die Inhabung bedingungslos dem

---

[1]) In dem preuß. A. L. R. gründet ſich die Hinausſchiebung des Beſitzverluſtes auf die Behandlung des Beſitzes als Recht und die Ignorirung der possessio injusta, I, 7 §§ 96, 97, 122; vergl. ſächſ. G. B. § 212, zür. G. B. § 525, bayr. Entw. III Art. 24, heſſ. Entw. II, 2 Art. 14 Abſ. 3.

bisherigen Besitzer zugesprochen werden, sondern es tritt ein Zeitraum der Unentschiedenheit ein und erst nach dem Ausgange entscheidet sich der Besitzstand der Zwischenzeit. Diese Auffassung tritt im Entwurfe dadurch hervor, daß die Beendigung des bisherigen Besitzes bedingungsweise verneint wird. Mit der Kenntniß des bisherigen Besitzers tritt der kritische Zeitpunkt ein. Verschafft derselbe alsdann die Inhabung im Wege der Privatgewalt oder auch im Wege des Besitzprozesses sich wieder, so erscheint sein Besitz als überall nicht unterbrochen. Für die Anwendung der Vorschriften der §§ 873, 900 führt dies zu einem angemessenen Resultate. Die unbedingte Bejahung des bisherigen Besitzes bis zu der bezeichneten Kenntniß des Besitzers würde zu Unzuträglichkeiten insbesondere zur Verneinung des Fruchterwerbes des redlichen Okkupanten, auch wenn derselbe das Grundstück behält, führen können.

Die Vorschrift des § 812 ist sowohl in dem Falle, wenn der Besitzer selbst Inhaber ist, als in dem Falle, wenn er in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt vertreten wird, anwendbar, da der Inhabungsverlust des Vertreters ebenso wirkt wie der Verlust der eigenen Inhabung. Nur wird, da die Befugniß zur Gewaltanwendung dem Inhaber als solchem zusteht, die Abwendung des Besitzverlustes davon abhängen, ob der Vertreter nach von ihm erlangter Kenntniß die Ausübung der thatsächlichen Gewalt aufrecht zu erhalten Willens und im Stande ist.

Besitzverlust durch Lossagung des Vertreters.

d) Der § 813 handelt von dem Verlustfalle, welcher eintritt, wenn statt der thatsächlichen Gewalt das Vertretungsverhältniß aufgehoben wird, welches für den Besitzer das Aequivalent der thatsächlichen Gewalt bildet. Die Beendigung des Besitzes durch Aufgeben desselben, wenn der Vertreter zu einem solchen Aufgeben die Vertretungsmacht besitzt, beurtheilt sich nach § 809. Die Beendigung des Besitzes dadurch, daß die Inhabung des Vertreters aufhört und damit auch die Möglichkeit einer Vertretung des Besitzers in der Inhabung fortfällt, ist bereits durch die Vorschrift des § 810 mitgetroffen. Ein einfaches Unthätigwerden, ohne daß in Ansehung der thatsächlichen Gewalt oder des Vertretungsverhältnisses ein factum contrarium eintritt, hat nur die gleiche Wirkung, wie ein Unthätigwerden des Besitzers, welcher zugleich Inhaber ist.

Tod und Geschäftsunfähigkeit des Vertreters.

α. Der erste Absatz des § 813 verneint den Besitzverlust in Folge des Todes oder des Eintrittes der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters. Diese Verneinung enthält nicht die Bestimmung einer Ausnahme von einer sonst aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Regel, sondern soll nur nahe liegenden Zweifeln begegnen. Wenn der Inhaber stirbt, so darf nach der erbrechtlichen Vorschrift des § 2054 der Besitzer ebensowenig wie eine andere Person die Sache eigenmächtig an sich nehmen. Hieraus folgt aber auch, daß der Erbe, dessen Apprehension der Sache durch den zu seinen Gunsten bestehenden possessorischen Schutz gesichert ist, durch seine Ergreifung der Inhabung nur in dieselbe Rechtslage gelangt, in welcher sein Erblasser sich befand, und zwar nach der Vorschrift des zweiten Absatzes des § 813 auch dann, wenn er von dem Vertretungsverhältnisse nichts weiß. Eine Uebertragung der Vorschriften über das Erlöschen der Vertretungsmacht durch den Tod des Vertreters verbietet sich wegen des Unterschiedes zwischen der rechtsgeschäftlichen Vertretung und der Vertretung in der Ausübung des Besitzes.

Fällt die Perſon des Vertreters nicht durch den Tod fort, ſondern erliſcht in dieſer Perſon nur die Geſchäftsfähigkeit, ſo wird die Inhabung des Geſchäftsunfähigen hierdurch nicht betroffen und ebenſowenig, wie er ſelbſt, wenn er Beſitzer iſt, den Beſitz verliert, verliert der durch ihn vertretene Beſitzer ſeinen Beſitz, wenn auch erſt nach einer Zwiſchenzeit in dem zu beſtellenden geſetzlichen Vertreter des Geſchäftsunfähigen für den Beſitzer eine Perſon gewonnen wird, welche ſich der Sache annimmt. Das allgemeine Prinzip, daß zur Beendigung des Beſitzes animo vel corpore ein factum contrarium erforderlich iſt und eine veränderte Geſtaltung der Sachlage, bei welcher allerdings der Beſitz nicht hätte erworben werden können, nicht genügt, findet auch dann Anwendung, wenn an die Stelle der eigenen Inhabung das Vertretenſein in der Ausübung der thatſächlichen Gewalt tritt. Tod und Geſchäftsunfähigwerden des Inhabers ſind aber nicht facta contraria.

Nothwendige Erklärung des Vertreters.

β. Der zweite Abſatz des § 813 beſtimmt dasjenige factum contrarium, welches nicht auf einem Inhabungsverluſte des Vertreters, ſondern auf einer Aenderung im Vertretungswillen beruht.

Nach dem gemeinen Rechte genügt bei beweglichen Sachen eine jede Willenskundgebung des Inhabers, welche klarſtellt, daß derſelbe nicht mehr für den bisherigen Beſitzer, ſondern für ſich ſelbſt oder für einen Dritten detiniren wolle. Eine Richtung der Willenskundgebung auf den Beſitzer oder ein Hervortreten derſelben in einer Verfügung über die Sache iſt nicht erforderlich. Bei Grundſtücken thut das Gebahren des Inhabers dem beſtehenden Beſitze ebenſowenig Eintrag, wie der Eingriff irgend einer dritten Perſon, bevor nicht der Beſitzer von der Bedrohung ſeines Beſitzes Kenntniß erhalten und es unterlaſſen hat, den Eingriff abzuwehren. Das preuß. Recht behandelt die hier in Rede ſtehende Frage nicht beſonders; jedoch ergiebt ſich aus ſeinen allgemeinen Vorſchriften[1]), daß eine Kontrektation des Inhabers den Beſitz des Vertretenen nicht beendigt. Das ſächſ. G. B.[2]) entſcheidet einzelne gemeinrechtliche Kontroverſen.

Für den Entwurf iſt bereits durch die früheren Beſtimmungen ein Weg gewieſen. Man kann bei der dem Inhaber eingeräumten Stellung und der Gründung des Beſitzſchutzes auf die Inhabung die Losſagung des Inhabers von dem Vertretungsverhältniſſe nicht als eine Handlung verbotener Eigenmacht behandeln. Nach dem röm. Rechte liegt eine ſolche Behandlung ſehr nahe, wenn man den Detentor als dienſtbereites Organ und den Beſitzer als mittelbaren Inhaber betrachtet; deshalb wird auch der Satz aufgeſtellt, daß der Detentor possessionem prius debet restituere et tunc de proprietate litigare[3]). Die Löſung des Vertretungsverhältniſſes durch Willensakt des Vertreters wird nach dem Entwurfe nicht verboten ſein. Erhält der Detentor Kunde, daß ihm ſelbſt oder einer anderen Perſon als dem bisherigen Beſitzer das Eigenthum zuſteht, ſo dient eine ſolche Löſung dazu, den nach § 900 eintretenden Frucht-

---

[1]) A. L. R. I, 7 §§ 96, 97, 122.
[2]) § 216; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 30, heſſ. Entw. II, 2 Art. 8.
[3]) L. 15 C. de loc. 4,65.

erwerb des bisherigen Besitzers zu beendigen, ohne daß derselbe in mala fides versetzt oder die Vindikation gegen ihn angestellt zu werden braucht.

Erklärung gegenüber dem Besitzer.

In Frage kommt weiter die erforderliche Beschaffenheit des lösenden Willensaktes. Nach röm. Rechte genügt ein jeder Willensakt, welcher den Willen des Vertreters ergiebt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für den bisherigen Besitzer, sondern für sich selbst oder auch wohl für eine dritte Person ausüben zu wollen. Ein solcher Willensakt ist nach röm. Rechte mindestens possessorisches Unrecht und in den Fällen, in denen der Detentor nicht etwa zum Zwecke der Geltendmachung eines von ihm vorausgesetzten Eigenthumes handelte, Unterschlagung der beweglichen Sache. Der Besitz des Vertretenen geht durch die hinter seinem Rücken sich vollziehende Kontrektation allerdings verloren; aber der Vertretene erlangt in Folge derselben Thatsache einen possessorischen Restitutionsanspruch. Da nach den Prinzipien des Entwurfes die Lossagung des Vertreters von dem Vertretungsverhältnisse an sich kein Delikt ist und der Besitzverlust des Vertretenen nicht in einem possessorischen Anspruche gegen den Vertreter sein Aequivalent findet, so würde der Vertretene schwer benachtheiligt werden, wenn ihm sein Besitz durch einen seiner Kenntniß sich entziehenden Willensakt des Vertreters entzogen werden könnte. Das factum contrarium trifft nicht eine mittelbar ausgeübte thatsächliche Herrschaft des Vertretenen, sondern es trifft die geschehene Bestellung zum Vertreter. Diese Bestellung geschah durch eine Willenserklärung des Vertretenen gegenüber dem Vertreter oder durch die Berufung zum gesetzlichen Vertreter. Deshalb wird zur Lösung des Vertretungsverhältnisses eine entgegengesetzte Erklärung erforderlich sein, welche den Vertretenen in den Stand setzt, die zur Wahrung seiner Rechte erforderlichen Schritte zu thun. Bei dem gesetzlichen Vertreter werden einige Schwierigkeiten entstehen, da derselbe die betreffende Erklärung nicht an sich selbst richten kann; es wird jedoch die Rücksicht auf den Schutz des Vertretenen überwiegen. Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; in einer fälschlichen Ableugnung der Inhabung kann wohl eine Kontrektation, aber nicht eine Erklärung, wie sie der Entwurf fordert, gefunden werden.

Die Hinausschiebung des Besitzverlustes bis zu dem Zukommen der Erklärung hat nicht etwa einen Einfluß auf das Strafrecht dahin, daß, so lange der Vertretene Besitzer bleibt, die rechtswidrige Zueignung (St. G. B. § 246) sich nicht vollenden könnte. Die rechtswidrige Zueignung ist kein possessorisches Delikt; sie verletzt nicht den Besitz, sondern das Eigenthum. Die Vorschrift des Entwurfes mindert deshalb in keiner Weise den Schutz, welcher sich für den Besitzer und Eigenthümer aus der Strafandrohung im Falle der Unterschlagung und aus der zivilrechtlichen Haftung des Delinquenten ergiebt.

Vor Lösung des Vertretungsverhältnisses kann der Inhaber, da er früher nicht selbst Besitzer wird, weder eine körperliche Uebergabe noch eine Uebergabe durch Willenserklärungen, bei welcher der Erwerber in dem Erklärenden einen Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt gewinnt — constitutum possessorium — mit den Wirkungen des konsensualen Besitzwechsels vornehmen. Die Vorschrift des § 813 Abs. 2 dient deshalb bei beweglichen Sachen dazu, mittels Erhaltung des Besitzes auch das Eigenthum zu erhalten, indem sie die

Erfüllung des Erfordernisses der Uebergabe erschwert. Für den Fall, in welchem diese Erschwerung ungerechtfertigt sein würde, nämlich wenn der tradirende Inhaber Eigenthümer war, wird in § 874 Abs. 2 Abhülfe geschaffen. War der Inhaber nicht der Eigenthümer der beweglichen Sache, so kann nur in Frage kommen, ob der Umstand, daß der Tradent nicht Besitzer war, zu Gunsten des Erwerbers kraft positiver Bestimmung unberücksichtigt zu bleiben hat. Diese Frage ist in Ansehung der körperlichen Uebergabe in § 877 bejaht. Dagegen wird in § 879 bestimmt, daß, möge der tradirende Inhaber zugleich Besitzer sein oder nicht, ein constitutum possessorium nicht genüge, um dem gutgläubigen Erwerber das Eigenthum zu verschaffen. Mithin kann der Inhaber auch durch die Lossagungserklärung sich nicht die Fähigkeit verschaffen, als Nichteigenthümer durch constitutum possessorium Eigenthum auf einen gutgläubigen Erwerber zu übertragen.

II. Schutz des Besitzes und der Inhabung.

§§ 814–825.

Vorbemerkungen.

Schutz der Inhabung und mittelbar des Besitzes.

Von einem Schutze des Besitzes kann man nach dem Systeme des Entwurfes nur reden, wenn man diesen Ausdruck in einem besonderen Sinne versteht. Der possessorische Schutz in dem allgemein üblichen Sinne dieses Ausdruckes bezweckt nicht die Realisirung eines subjektiven Rechtes, sondern die Aufrechterhaltung bezw. Wiederherstellung der bestehenden räumlichen Herrschaft der Person über die Sache gegenüber der Beeinträchtigung dieser Herrschaft durch das rechtswidrige Verhalten anderer Personen. Die räumliche Herrschaft und unmittelbare thatsächliche Gewalt über die Sache ist aber nach dem Entwurfe nicht bei dem Besitzer als solchem, sondern bei dem Inhaber. Der possessorische Schutz dient also regelmäßig dem Besitzer nur mittelbar, indem er die Inhabung in der Hand des Inhabers festhält. Ein unmittelbarer Schutz des Interesses des Besitzers an einer solchen Festhaltung kann nur in beschränkter Weise zugelassen werden.

Doppelte Gestaltung dieses Schutzes.

Der possessorische Schutz wird dem Inhaber in doppelter Weise verschafft. Erstlich wird dem Inhaber bei Konflikten um die Herrschaft der Sache die Vertheidigungslage gegenüber den Handlungen verbotener Eigenmacht zugesprochen und unter besonderen Umständen, nach Beendigung der Inhabung und damit der Vertheidigungslage, ein Selbsthülferecht gewährt. Zweitens wird dem Inhaber, wenn die eigene erlaubte Gewalt nicht angewendet ist oder nicht zum Ziele geführt hat, gerichtlicher Beistand zugesagt. Die letztere Art des Schutzes steht mit der ersteren in einem inneren Zusammenhange. Durch die Besitzklagen soll derjenige Zustand wiederhergestellt werden, welcher durch erlaubte Gewalt hätte aufrecht erhalten oder wiederhergestellt werden dürfen, wenn der Inhaber im richtigen Zeitpunkte hierzu Willens und im Stande gewesen wäre.

I. Selbſtvertheidigung und Selbſthülfe des Inhabers.

§ 814.

Verbotene Eigenmacht.

Der Entwurf beſtimmt in § 814 den Begriff der verbotenen Eigenmacht, indem er den Satz aufſtellt, daß in der Regel Niemand ohne den Willen des Inhabers demſelben die Inhabung entziehen oder ihn darin ſtören darf. Die Bedeutung dieſes Satzes für den Beſitzſchutz beſteht in der Feſtſtellung der Vorausſetzung, an welche die in den folgenden Paragraphen enthaltenen Rechtsnormen anknüpfen. Die Vorausſetzung iſt gegeben, wenn gegen den Inhaber eine Handlung der bezeichneten Art vorgenommen iſt, welche nicht vorgenommen werden durfte. Es wird mithin nicht verlangt, daß das in § 814 enthaltene Verbot in ſchuldhafter Weiſe übertreten iſt, ſondern nur, daß ſo gehandelt iſt, wie bei Unterſtellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abweſenheit eines jeden entſchuldbaren Irrthumes nicht hätte gehandelt werden ſollen. Durch die Worte „ſoweit nicht das Geſetz für beſondere Fälle ein Anderes beſtimmt" wird auf diejenigen Fälle hingewieſen, in denen die Anwendung der Gewalt gegen den Inhaber den Karakter der erlaubten Selbſthülfe hat, ſei es nach den allgemeinen Vorſchriften des § 189, ſei es nach den Spezialvorſchriften des § 815 Abſ. 2, 3. Daß die in § 814 beſtimmte Vorausſetzung eine geeignete Grundlage für diejenigen Rechtsnormen iſt, welche an dieſelbe anknüpfen, kann erſt bei den folgenden Paragraphen, welche jene Rechtsnormen aufſtellen, gezeigt werden.

Die Vorſchrift des § 814 hat aber neben ihrem Zwecke, eine an anderer Stelle zu verwerthende Definition zu geben, eine ſelbſtändige Bedeutung, indem das Verbot vim ne facias possidenti zu Gunſten des Inhabers aufgeſtellt wird. Wird dieſes Verbot aus Vorſatz oder aus Fahrläſſigkeit übertreten, ſo haftet der Thäter als Delinquent aus § 704. In Zweifel kann nur kommen, ob die verbotene Eigenmacht als rechtsverletzende Handlung anzuſehen und deshalb nach § 704 Abſ. 2 zu beurtheilen ſei. Dieſe Frage wird zu bejahen ſein, obwohl für das Delikt es gleichgültig iſt, welche Rechte an der Sache beſtehen. Das Gewaltverbot begründet für den Inhaber eine abſolut geſchützte Rechtsſtellung. Mehr iſt nicht zu verlangen, um eine Rechtsverletzung im Sinne des § 704 Abſ. 2. anzunehmen. Man kann auch vielleicht das abſolute Perſönlichkeitsrecht der Freiheit als verletzt anſehen; denn man kann den Begriff der Freiheit außer auf die Herrſchaft über den eigenen Körper, auch auf die Herrſchaft über die der thatſächlichen Gewalt der Perſon unterworfenen Sachen beziehen.

Stellung des Inhabers gegenüber dem Beſitzer.

Der unabhängigen Stellung, welche der Entwurf dem Inhaber zuſchreibt, entſpricht es, daß der Wille des Inhabers ausſchließlich maßgebend ſein muß für die Beſtimmung des räumlichen Schickſals der Sache, daß alſo das in § 814 enthaltene Verbot auch für den Beſitzer gegenüber dem Inhaber Geltung hat. Eine Ausnahme zu Gunſten des Beſitzers, welchem ein Inhaber ohne eigenes rechtliches Intereſſe gegenüberſteht, wie ſolche im preuß. A. L. R.[1]) gemacht wird, würde mit der prinzipiellen Auffaſſung der Rechts-

[1]) I, 7 §§ 144, 145.

ſtellung des Inhabers nicht ſtimmen, daneben aber auch zu praktiſchen Bedenken führen, wenn man ſie ſo verſtehen wollte, daß das Vorliegen eines rechtlichen Intereſſes die nachzuweiſende Vorausſetzung der dem Inhaber gewährten Rechtsposition ſein ſolle. Begnügt man ſich dagegen mit der bloßen Möglichkeit eines rechtlichen Intereſſes und will man die Gewalt des Beſitzers gegen den Inhaber nur dann geſtatten, wenn dieſer ohne jede Behauptung eines Rechtes in frivoler Weiſe dem Beſitzer ſich widerſetzt, ſo iſt die Ausnahme ohne praktiſchen Werth.

Bedürfniß einer beſonderen Vorſchrift über die Nothwehrlage des Inhabers.

Die modernen Geſetzgebungen haben das Verbot vim ne facias possidenti nicht beſonders ausgeſprochen. Mit dem Ausſprechen desſelben iſt der Vortheil verbunden, daß die nicht allzufern liegenden Zweifel an der Unerlaubtheit von Einwirkungen auf die Sache, welche ohne Willen des Inhabers vorgenommen werden, ſich beſeitigen. In § 188 iſt beſtimmt, daß der Selbſthülfezweck die an ſich unerlaubte Handlung nicht zu einer erlaubten macht. Es liegt deshalb im Intereſſe der Klarheit des Geſetzes, thunlichſt feſtzuſtellen, welche Handlungen an ſich erlaubt ſeien. Gerade bei Konflikten um die räumliche Herrſchaft der Sache würde eine Dunkelheit über die formale Erlaubtheit der Handlungen des einen und des anderen der Streitenden ſtattfinden. Die Einwirkung der Perſon auf die Sache iſt nach dem Prinzipe der natürlichen Handlungsfreiheit eine nicht verbotene Handlung. Der Wille des Einen gilt ſoviel wie der Wille des Anderen. Es fragt ſich alſo, welche von zwei Perſonen, die ſich möglicher Weiſe beide die Inhabung, den Beſitz und das Eigenthum zuſchreiben, ihren auf die Herrſchaft über die Sache gerichteten Willen durchzuſetzen befugt iſt. Von dem Rechte auf das Haben der Sache kann man die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Handlungen auf der einen oder auf der anderen Seite nicht abhängig machen; denn die Rechtsfrage iſt dem Zweifel und der Beſtreitung in weit höherem Maße unterworfen, als die Thatfrage, wer Inhaber ſei. Man würde, wenn für die Maßgeblichkeit der Rechtsfrage entſchieden würde, mit dem Rechte auf das Haben der Sache ein allgemeines Selbſthülferecht verbinden und eine mit dem öffentlichen Frieden unvereinbare gewaltſame Rechtsverwirklichung in weitem Umfange zulaſſen. Deshalb muß man der beſtehenden räumlichen Herrſchaft den Vorrang geben und für die melior conditio possidentis entſcheiden. Der Grund für die Rechtsposition des Inhabers mag in der natürlichen Handlungsfreiheit der Perſon, deren Beeinträchtigung durch Gewalt der Regel nach unerlaubt iſt, alſo in einem allgemeinen, nicht in einem ſachenrechtlichen Prinzipe zu finden ſein; das Sachenrecht ergiebt dagegen, daß die natürliche Handlungsfreiheit in ihrer Anwendung auf die Sache da, wo eine Herrſchaft über die Sache beſteht, zu Gunſten des Inhabers für jede andere Perſon ausgeſchloſſen iſt. Hieraus erhellt die weitere Konſequenz, daß ſoweit und ſolange die Inhabung einer Perſon bejaht werden muß, jede Handlung, welche dem auf die Durchſetzung der Herrſchaft über die Sache gerichteten Willen des Inhabers Zwang anthut, als vis aggressiva zu beurtheilen iſt. Der Inhaber kann hiernach in die Lage kommen, mit Thätlichkeiten gegen die Perſon eines Anderen ſeinerſeits zu beginnen, ohne deshalb zum Angreifer zu werden, welcher ſein ausnahmsweiſes Selbſthülferecht darzuthun hat.

Nothwehr und erlaubte Selbsthülfe des Inhabers.

§ 815.

Nothwehr.

I. Der erste Absatz des § 815 setzt voraus, daß die Inhabung in dem Augenblicke des thätlichen Konfliktes noch besteht, und spricht dem zeitigen Inhaber in positiver Fassung — gegenüber der negativen Fassung des § 186, welcher nur die Unerlaubtheit der Vertheidigungshandlung verneint — die Berechtigung zur Vertheidigung zu. Gerechtfertigt ist die Vorschrift bereits in den Schlußbemerkungen zum vorigen Paragraphen, in dessen Konsequenz sie liegt. Entsprechende Vorschriften finden sich in mehreren Gesetzgebungen[1]).

Nacheile. Wiederbemächtigungsrecht bei Grundstücken.

II. In dem zweiten und in dem dritten Absatze des § 815 wird vorausgesetzt, daß die Inhabung dem bisherigen Inhaber bereits entzogen ist. Eine Durchsetzung des Restitutionsanspruches im Wege der Selbsthülfe würde in Ermangelung weiterer besonderer Vorschriften nur unter den im § 189 bestimmten allgemeinen Voraussetzungen zulässig sein. Dies genügt nicht für alle Fälle. Man könnte daran denken, durch positive Bestimmung in den Fällen der Wegnahme einer beweglichen Sache und der heimlichen Okkupation eines Grundstückes die Inhabung und mit ihr den Besitz bis zu dem Zeitpunkte der Entfernung der weggenommenen beweglichen Sache von dem Orte der That bezw. bei Grundstücken so lange fortdauern zu lassen, bis der bisherige Inhaber von der heimlichen Okkupation Kunde erhalten und einen sofortigen Versuch zur Widerbemächtigung unterlassen hat. Hiermit würde auch die Dauer der Nothwehrlage verlängert werden. Dem röm. Rechte ist eine solche Auffassung besonders im Falle der heimlichen Okkupation nicht fern, das preuß. Recht geht dem Wortlaute nach noch weiter[2]). Der Entwurf überläßt die Entscheidung über die Beendigung der Inhabung des einen Theiles und den Beginn der Inhabung des anderen Theiles lediglich der thatsächlichen Würdigung des Richters; denn die Vorschrift des § 812 bezieht sich nur auf die Beendigung des Besitzes. Damit ist aber das Bedürfniß einer die Inhabung überdauernden und den Karakter der erlaubten Selbsthülfe annehmenden Gewaltanwendung gegeben. Diesem Bedürfnisse wird in § 815 Abs. 2, 3 Rechnung tragen. Beide bezeichneten Wege führen praktisch im Wesentlichen zu demselben Resultate; der von dem Entwurfe eingeschlagene Weg verdient aber um deswillen den Vorzug, weil eine positive Bestimmung über eine Fortdauer der Inhabung mit dem bisherigen Verfahren des Entwurfes, die Thatfrage des Anfanges und des Endes der Inhabung nicht zu entscheiden, nicht im Einklange stehen würde.

Das Wiederbemächtigungsrecht im Falle der Nacheile ist nicht absoluter Natur, wie das im dritten Absatze des § 815 zugestandene Wiederbemächtigungsrecht und das Vertheidigungsrecht des Inhabers; es richtet sich vielmehr seiner Natur nach nur gegen den Wegnehmenden. Bei der Kürze der für die Nacheile vergönnten Zeit ist dieser Unterschied von praktischer Bedeutung. Ferner

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 141 ff.; sächs. G. B. § 181; österr. G. B. § 344; vergl. hess. Entw. VI, 2 Art. 14 Abs. 3.

[2]) A. L. R. I, 7 § 122.

ist bei der Nacheile die Fortdauer des Besitzes nur für den Fall der Wiederabnahme der Sache, also ähnlich, wie bei der heimlichen Okkupation von Grundstücken (§ 812), bis zu dem Augenblicke bestimmt, in welchem das Selbsthülferecht zum Ziele führt. Im Falle der Nothwehr (§ 815 Abs. 1), im Falle der Nacheile (§ 815 Abs. 2) und im Falle der schon nach § 189 erlaubten Selbsthülfe des Inhabers findet eine Beschränkung in der Anwendung der durch den Zweck erforderten Mittel nicht statt (§ 186 Abs. 2, § 189 Abs. 2). In § 815 Abs. 3 wird dem Inhaber ein besonderes, nicht an die Voraussetzungen des § 189 gebundenes Selbsthülferecht verliehen, kraft dessen derselbe die durch verbotene Eigenmacht entzogene Inhabung eines Grundstückes sofort nach erlangter Kunde von der Entziehung sich wiederverschaffen darf. Schließt sich die Wiederbemächtigung unmittelbar an die Entziehung an, so laufen Nothwehr und Selbsthülfe ineinander. Solchenfalls kann der Berechtigte in Ansehung der von ihm anzuwendenden zweckgemäßen Mittel ebensowenig wie in den Fällen der unter den Voraussetzungen des § 189 erlaubten Selbsthülfe beschränkt werden. Für die sonstigen Fälle des in § 815 Abs. 3 gewährten besonderen Selbsthülferechtes dagegen hält der Entwurf die Bestimmung einer Beschränkung für erforderlich. Das preußische Recht enthält eine solche Beschränkung nur in dem wenig genauen Verbote der Anwendung einer solchen Privatgewalt, durch welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört wird[1]). Der Entwurf verbietet die Gewalt gegen die Person. Dieses Verbot ist neu, aber wegen der Leichtigkeit der Erlangung gerichtlicher Hülfe unbedenklich und im Interesse des öffentlichen Friedens in den Fällen der heimlichen Okkupation eines Grundstückes gerechtfertigt, da der zeitige Inhaber von der seiner Inhabung anklebenden Schwäche keine Kenntniß zu haben braucht und nur durch eine solche Beschränkung das zeitlich, d. h. so lange, bis der bisherige Inhaber die Okkupation erfährt, unbegrenzte Wiederbemächtigungsrecht ungefährlich wird. Unter Gewalt gegen die Person ist die einen körperlichen Zwang der Person enthaltende Gewalt zu verstehen; denn in gewisser Weise ist jede Gewalt gegen die Person, d. h. gegen den Willen der Person gerichtet.

Dauer des Wiederbemächtigungsrechtes

Bei dem Mangel einer zeitlichen Begrenzung des Wiederbemächtigungsrechtes kann der Fall eintreten, daß die restitutorische Besitzklage nach § 824 ausgeschlossen ist, die dasselbe Ziel verfolgende Wiederbemächtigungsbefugniß aber fortbesteht. Es kann als auffällig empfunden werden, daß der Staat seinen Beistand versagt und die Anwendung der Privatgewalt zuläßt. Zur Ausgleichung könnte man eine zeitliche Begrenzung der Wiederbemächtigungsbefugniß denken, durch Setzung einer Präklusivfrist, welche mit dem Zeitpunkte der heimlichen Okkupation beginnt. Hier würde sich aber die Unzuträglichkeit ergeben, daß die Frist mit einem dem Selbsthülfeberechtigten der Regel nach unbekannten Zeitpunkte beginnt, während doch das Gesetz, welches die Selbsthülfe gestattet, die Voraussetzungen derselben so zu bestimmen hat, daß dieselben dem Berechtigten klar erkennbar sind. Dem gegenüber erscheint die Fortdauer des Selbsthülferechtes nach Ausschluß der Besitzklage nicht als eine

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 145.

Unzuträglichkeit, welche Abhülfe verlangt, zumal die Anwendung der Selbsthülfe durch die Beschränkung der Mittel derselben wenig gefährlich ist.

Rechte des Inhabers gegenüber dem Besitzer.

III. Der letzte Absatz des § 815 spricht nur eine Konsequenz davon aus, daß das zu Gunsten des Inhabers in § 814 aufgestellte Verbot der Eigenmacht absolut lautet, mithin auch gegen den Besitzer, welcher nicht Inhaber ist, sich richtet. Das in § 815 Abs. 2, 3 bestimmte Selbsthülferecht ist nur eine weitere Gestaltung des in § 815 Abs. 1 bestimmten Vertheidigungsrechtes; es hat mithin ebenfalls seine Grundlage in der Inhabung. Die Klarstellung, daß das Vertheidigungs- und Selbsthülferecht des Inhabers auch gegenüber dem von ihm vertretenen Besitzer Geltung hat, erscheint gegenüber den aus dem bisherigen Rechtszustande sich ergebenden Zweifeln wünschenswerth.

Man könnte daran denken, dem Besitzer oder Oberinhaber in ähnlicher Weise die Ausübung des Nothwehr- und Selbsthülferechtes neben dem Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt zu gestatten, wie jenen Personen auch die possessorischen Rechtsmittel in § 821 zugestanden sind. Für die analoge Behandlung spricht der Umstand, daß die Besitzklagen für die versäumte Gewaltanwendung Ersatz gewähren. Die Einräumung einer solchen von einem weiteren Verzichte des eigentlich Verletzten, welcher doch immer der Inhaber ist, unabhängigen Rechtsstellung begegnet jedoch überwiegenden Bedenken. Wollte man die Einmischung eines bei dem akuten Konflikte nicht unmittelbar Betheiligten gestatten, so wird dem anderen Theile eine Person gegenüber gestellt, deren Legitimation zweifelhaft ist. Dabei würde im praktischen Resultate dem Besitzer oder Oberinhaber durch die Verleihung eines solchen Rechtes wenig genützt werden, da diese Personen, um Gelegenheit zur Ausübung dieses Rechtes zu haben, in dem schnell vorübergehenden kritischen Zeitpunkte zur Stelle sein müßten.

§ 816.

Verbotene Eigenmacht im Falle der Theilinhabung.

Die Vorschrift des § 798 Abs. 2 gilt nicht für die Inhabung. Der Entwurf entscheidet nicht, inwieweit eine abgesonderte Inhabung an dem Theile einer Sache möglich ist. Bei der Entscheidung dieser Frage wird darauf zu sehen sein, ob die räumliche Herrschaft an dem abgegrenzten Theile der Sache selbständig neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über andere Theile ausgeübt werden kann oder ob die räumliche Herrschaft nicht auf Sachtheile beschränkt werden kann, sondern nur am Ganzen denkbar ist, weil jede Verfügung über den Theil mit Nothwendigkeit die gesteckte Grenze überschreiten und auf das Ganze wirken würde. Für bewegliche Sachen wird der Satz res mobilis pro diviso possideri non potest regelmäßig richtig sein; doch würde man zu weit gehen, wenn man eine Theilinhabung nur bei Grundstücken als denkbar ansehen wollte. Der Hauptfall der Theilinhabung wird die Inhabung besonderer Wohn- und Wirthschaftsräume in baulichen Anlagen sein, doch wird auch eine Theilinhabung an Plätzen eines Grundstückes, an Tunnels, Kloaken und Viadukten vorkommen.

Die Theilinhabung ist Inhabung. Mithin würde sich, auch wenn das Gesetz schwiege, die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 814, 815 zu Gunsten

des Theilinhabers von ſelbſt verſtehen. Es erſcheint indeſſen zweckmäßig, klarzuſtellen, wie weit der Inhabungsſchutz in der bezeichneten Richtung reicht und daß eine Theilinhabung möglich iſt, wo ein Theilbeſitz ausgeſchloſſen bleibt.

Das Strafgeſetzbuch § 123 erkennt, indem es allgemein das widerrechtliche Eindringen in die Wohnung eines Anderen, mithin auch dem Vermiether dem Miether gegenüber verbietet, eine Wohnungsinhabung an. In dem geltenden Rechte wird das Recht zur Vertheidigung und Selbſthülfe dem Theilinhaber als ſolchem zwar nicht zugeſprochen; ſoweit indeſſen der Theilinhaber als Rechtsbeſitzer geſchützt wird, werden bei der Unterſtellung des Rechtsbeſitzes und des Sachbeſitzes unter einen allgemeinen Begriff des Beſitzes die Vorſchriften über Nothwehr und Selbſthülfe auch auf den Theilbeſitz anwendbar. Der Entwurf § 979 hilft in ähnlicher Weiſe den Grunddienſtbarkeitsberechtigten, und zwar ohne Unterſtellung des Rechtsbeſitzes unter einen allgemeinen Beſitzbegriff, durch die Vorſchrift der analogen Anwendung der §§ 814, 815 auf die in Uebung befindliche Servitut. Die Vorſchriften des § 979 gelten nach § 1048 auch für die beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten. Damit werden bei der Nichtzulaſſung des auf einen Gebäudetheil ſich beſchränkenden Erbbaurechtes die Fälle der Theilinhabung kraft dinglichen Rechtes ſo ziemlich erſchöpft und bewahrt der § 816 ſeine hauptſächliche Bedeutung für die Theilinhabung kraft obligatoriſchen Rechtes. Daß für die Theilinhaber aus dinglichem Rechte ſich aus § 816 die direkte, aus §§ 979, 1048 die analoge Anwendung der Vorſchriften über die erlaubte Gewaltanwendung des Inhabers ergiebt, kann ein Bedenken nicht hervorrufen, da beide Arten der Anwendung zu demſelben Reſultate führen.

§ 817.

Verbotene Eigenmacht im Falle der Mitinhabung.

Die Vorſchrift des § 817 bezieht ſich auf die Fälle der Mitinhabung. Würde nichts beſtimmt, ſo würde die Vertheidigungslage auf Seiten desjenigen ſein, welcher die melior conditio prohibentis geltend macht; denn der Mitinhaber bleibt Inhaber.

Für die Gemeinſchaft iſt in § 765 Abſ. 2 die Befugniß zum Gebrauche des gemeinſchaftlichen Gegenſtandes inſoweit jedem Theilhaber beigelegt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt wird, es ſei denn, daß (§ 765 Abſ. 3) eine andere Art der Verwaltung und Benutzung mit Stimmenmehrheit beſchloſſen iſt.

Die Inhabung iſt, wenn auch nicht ein Recht, doch ein Gegenſtand, welcher mehreren Perſonen gemeinſchaftlich zuſtehen kann, da der Entwurf den Begriff der Gemeinſchaft nicht auf die Rechtsgemeinſchaft beſchränkt. Folglich wird auch für die Inhabung die geſetzliche Regelung des Mitgebrauchsrechtes gelten. Hier würde nun aber eine große Härte für die Genoſſen darin liegen, wenn ein Theilhaber ſeinen Widerſpruch gegen die Einhaltung der geſetzlich geregelten Art der Mitbenutzung gewaltſam durchſetzen dürfte. Die Vertheidigungslage muß hier aus Billigkeitsrückſichten verſchoben und auf denjenigen übertragen werden, welcher in ſeiner geſetzlichen Gebrauchsbefugniß, ſei es auch von einem Genoſſen, gehindert wird. Gegenüber Dritten iſt die Ver-

theidigungslage eines jeden einzelnen Mitinhabers selbstverständlich. Das Antheilsverhältniß des Mitinhabers wird nur unter besonderen Umständen Bedeutung haben, nämlich bei der Entscheidung über die Verwaltung und Benutzung des Gegenstandes durch Stimmenmehrheit, bei welcher die Stimmen nach der Größe der Antheile gezählt werden. Die Anwendung der Vorschrift des § 817 in Fällen, in denen eine Bemessung der Antheilsrechte nach Quoten überall nicht stattfindet, wird davon abhängen, ob eine Anwendung der Vorschriften über Gemeinschaft auf die dann vorliegende anomale Gemeinschaft, für welche jene Vorschriften an sich nicht gegeben sind, zulässig erscheint.

Gemeinschaftliche Theilinhabung.

Von der gemeinschaftlichen Inhabung der ganzen Sache unterscheidet der Entwurf die gemeinschaftliche Inhabung des Theiles einer Sache. Eine solche Mitinhabung ist in verschiedener Weise möglich. Insbesondere pflegt, wenn im Uebrigen eine Inhabung der Sache, regelmäßig eines Grundstückes, pro diviso stattfindet, die gegenseitige Abscheidung der verschiedenen räumlichen Herrschaftsbereiche Anstalten und Räume übrig zu lassen, in Ansehung deren eine Mitinhabung angenommen werden muß. Aber auch sonst kann eine solche Mitinhabung vorkommen, z. B. wenn ein Nachbar dem Nachbar den Mitgebrauch eines Einganges ꝛc. auf obligatorischer Grundlage — für die Servitutrechte ist außerdem durch §§ 979, 1048 vorgesorgt — überlassen hat. Wann eine solche gemeinschaftliche Theilinhabung anzunehmen ist, bleibt der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen. Aber der Entwurf geht davon aus, daß bei sonstiger Theilung eines Grundstückes pro diviso in Ansehung der dem gemeinschaftlichen Gebrauche der verschiedenen Interessenten offen gelassenen Theile mit der abgesonderten Theilinhabung eine gemeinschaftliche Theilinhabung konkurrirt und die Inhabung an den dem gemeinschaftlichen Gebrauche vorbehaltenen Theilen mit ihren Konsequenzen nicht nothwendig derjenigen Person zuzuweisen ist, welcher die Inhabung am Grundstücke, dasselbe als einheitliche Sache betrachtet, zusteht, da sonst die Zusprechung einer Inhabung pro diviso illusorisch gemacht wird; denn überall, wo gemeinschaftliche Anstalten und Räumlichkeiten bestehen, welche die Benutzung der in der Sonderinhabung befindlichen Räumlichkeiten vermitteln, würden die Theilinhaber in die Hände des Inhabers des Ganzen gegeben werden.

2. Besitzklagen.

Vorbemerkungen.

Der possessorische Schutz.

I. Die nachstehende Erörterung über die Gestaltung des gerichtlichen Besitzschutzes beschränkt sich zunächst auf den Sachbesitz. Später wird geprüft werden, inwieweit zwischen dem Sachbesitze und der als Rechtsbesitz bezeichneten thatsächlichen Uebung eines Rechtes eine Analogie stattfindet, welche die Anwendung der Vorschriften über Besitzschutz auf Fälle des Rechtsbesitzes gestattet.

Zu neuerer Zeit ist das Bedürfniß eines rein possessorischen Schutzes geleugnet worden. Es ist auch zuzugeben, daß ein solcher Schutz nicht in gleichem Maße eine Nothwendigkeit ist, wie der Schutz der Rechte. Mit der Aufklärung aller in Betracht kommenden Rechtsfragen verlieren Besitz und

Inhabung ihre Bedeutung, und nur das Recht zum Haben der Sache entscheidet. Allein hieraus folgt noch nicht, daß die sogenannten Besitzklagen entbehrlich wären. Das geltende Recht läßt solche ausnahmslos zu, und daß hiermit wichtige Vortheile verbunden sind, ist nicht zweifelhaft. Einmal nämlich wird durch die Regelung des Verhältnisses auf der Grundlage des Besitzstandes bezw. der Inhabung festgestellt, wer von den Parteien in dem Streite um das Recht die Rolle des Klägers zu übernehmen hat. Sodann wird durch das Possessorium unter Umständen das Petitorium erspart, nämlich dann, wenn ein Recht zum Haben der Sache von keiner Seite bewiesen werden kann.

bei Grundstücken und beweglichen Sachen.

Der Entwurf macht in Ansehung des possessorischen Schutzes keinen Unterschied zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen. Eine Beschränkung des possessorischen Schutzes auf Grundstücke wäre nur gerechtfertigt, wenn bei Mobilien ein Bedürfniß nicht bestände. Dies kann jedoch nicht zugegeben werden. In den Fällen der Entziehung der Inhabung findet die Spolienklage nicht selten Anwendung. Die Fälle des Schutzes wegen Störung sind seltener, können indessen dann eintreten, wenn die Inhabung der Mobilien sich ähnlich gestaltet, wie die Inhabung an Grundstücken, z. B. bei Schiffen und bewohnten Kähnen, bei Buden ꝛc.; hier würde die positive Ausschließung der Besitzstörungsklage in solchen Fällen zu Härten führen, in denen es zweifelhaft ist, ob eine Besitzstörung oder Besitzentsetzung vorliegt.

Materiellrechtliche Natur der Vorschriften.

Die Vorschriften über den possessorischen Schutz sind materiellrechtlicher, nicht prozessualer Natur. Demjenigen, gegen welchen ein Besitzunrecht begangen ist, wird ein Recht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gegeben, welches von dem Rechte zum Haben der Sache unabhängig ist, nur daß der wiederhergestellte Zustand der Anfechtung aus petitorischen Rechtsgründen unterliegt. Die modernen Gesetzgebungen haben den possessorischen Schutz vielfach in den Verfahrensgesetzen geregelt. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über einstweilige Verfügungen (§§ 814—820) sind prozessualer Natur; denn sie gewähren nicht besondere selbständige Ansprüche, sondern bestimmen nur Sicherheitsmaßregeln behufs der Verwirklichung gerichtlich geltend gemachter petitorischer Ansprüche.

Zusammenhang mit dem Rechte der Vertheidigung und Selbsthülfe des Inhabers.

Die Vorschriften des Entwurfes über die Besitzklagen stehen mit den Vorschriften über die Vertheidigung und Selbsthülfe des Inhabers in einem engen inneren Zusammenhange. Die gesetzliche Erlaubniß zur Gewaltanwendung giebt einen sehr unsicheren Schutz. Man darf an die Versäumung der Gewaltanwendung Nachtheile nicht knüpfen; auch ist der Erfolg der Gewaltanwendung ein sehr ungewisser. Es muß deshalb der Beistand des Staates hinzutreten. Dies geschieht nach dem Entwurfe in der Weise, daß, wenn verbotene Eigenmacht geübt und hierdurch eine Veränderung in dem Besitzstande hervorgebracht ist, der auf die Unterlassung der verbotenen Eigenmacht gerichtete gesetzliche Befehl von dem anderen gesetzlichen Befehle abgelöst wird, welcher dem Eigenmächtigen die Restitution des früheren Besitzstandes auferlegt und dem Verletzten den entsprechenden Restitutionsanspruch verschafft. Dieser Anspruch ist als Ersatz und Ergänzung der Vertheidigungs- und Selbsthülfebefugniß ebenso wie diese in seiner Durchführung unabhängig von der petitorischen Rechtsfrage; eine weitere Uebereinstimmung zeigt sich darin, daß

der possessorische Anspruch ebenso wie die erlaubte Privatgewalt den Verletzten nur bei seiner früheren räumlichen Herrschaft erhalten will, mithin nur die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes, nicht aber eine Wiederherstellung des früheren Vermögensstandes bezielt.

Abweichungen von dem geltenden Rechte: 1 Voraussetzung der verbotenen Eigenmacht.

Gegenüber dem geltenden Rechte stellen sich folgende Abweichungen heraus:

1. Die modernen Gesetzgebungen[1]) fassen nicht wie der Entwurf die vi aut clam facta unter den Begriff der verbotenen Eigenmacht zusammen, sondern erwähnen diese beiden verschiedenen Arten des Besitzunrechtes in verschiedenartigen Uebersetzungen der römischen Ausdrücke neben einander. Daneben wird noch das Nichtzurückgeben des precario erlangten Besitzes als dritte Art des Besitzunrechtes bezeichnet. In letzterer Beziehung weicht der Entwurf ab. Mit der im römischen Rechte vorkommenden Anschauung, daß der Inhaber nur als Organ des Besitzers handele, läßt es sich allenfalls vereinigen, den Ungehorsam des Prekaristen als Besitzeingriff zu behandeln und den vi aut clam erfolgenden Eingriffen an die Seite zu setzen; mit der im Entwurfe dem Inhaber eingeräumten freieren Stellung ist ein interdictum de precario unvereinbar, da diesem und nicht dem Besitzer die thatsächliche Herrschaft über die Sache zugeschrieben wird, folglich bei dem Inhaber von einer Auflehnung gegen die thatsächliche Herrschaft eines Anderen nicht die Rede sein kann. Die pflichtwidrige Handlung des Prekaristen, über dessen nach den Regeln des Leihvertrages zu beurtheilendes Schuldverhältniß gegenüber dem precario concedens der Entwurf nähere Bestimmungen nicht enthält, ist die Verletzung einer Kontraktspflicht und nicht ein blos formelles Unrecht. Die Klage aus dem Vertrage genügt für den precario concedens; eine possessorische Klage mit Ausschluß der petitorischen Einreden würde den Prekaristen beschweren, indem ihm sein Retentionsrecht entzogen und, selbst wenn man den stillschweigenden Ausschluß des Retentionsrechtes bei dieser Art des Leihvertrages annehmen wollte, mindestens die Erörterung der Frage, ob eine solche stillschweigende Vereinbarung vorliege, abgeschnitten werden würde.

Kein Schutz gegenüber dem Prekaristen.

2. Voraussetzung der Inhabung.

2. Das neuere Recht ist geneigt, dem Inhaber die Besitzklagen neben dem Besitzer zu geben. In der gemeinrechtlichen Doktrin wird eine solche Erstreckung vertheidigt. Nach preuß. Rechte ist dem Inhaber der Besitzschutz nur demjenigen gegenüber versagt, in dessen Namen er inne hat; doch kann auch hier der Inhaber als Rechtsbesitzer dem Sachbesitzer gegenüber sich behaupten[2]). Das sächs. G. B.[3]) giebt die Besitzklage auch demjenigen, welcher eine Sache zum Zwecke der Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat. Die Klage wird als eine aus dem Rechte des Besitzers abgeleitete nicht gegen den Besitzer gegeben. Das franz. Recht, welches den Besitzschutz nur bei Grundstücken gewährt, ist in Ansehung des Schutzes

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 146, 147, 150; sächs. G. B. § 190; bad. L. R. Zus. zu Art. 544c Abs. 3; österr. G. B. § 345; zür. G. B. § 505; vergl auch bayr. Entw. III Art. 21 Abs. 1, 2; hess. Entw. II, 2 Art. 14.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 6, 9, 141, 144—147, 150.

[3]) § 208. Aehnlich bayr. Entw. III Art. 40.

des Detentors ſehr beſchränkt. Die einſchlagenden Beſtimmungen[1]) werden dahin ausgelegt, daß nur der Nießbraucher und der Emphyteuta als Rechtsbeſitzer geſchützt werden. Das öſterr. Recht[2]) wird ſo verſtanden, daß der Inhaber die Beſitzklagen nicht erheben kann.

3. Unterſcheidung der poſſeſſoriſchen Anſprüche und der Deliktsanſprüche.

3. In dem geltenden Rechte herrſcht die Auffaſſung, daß der Beſitzſchutz gegen die Folgen eines Deliktes[3]) ſich richte. Die Verfolgung von Schadensanſprüchen im Beſitzprozeſſe wird zugelaſſen[4]). Nur das preußiſche Recht verweiſt den Anſpruch auf Erſatz eines aus der Entſetzung oder Störung dem Beſitzer erwachſenen Schadens zur beſonderen Verhandlung[5]).

Der Entwurf bringt alſo tiefgehende Neuerungen, deren Rechtfertigung darin zu ſuchen iſt, daß ſie bei näherer Betrachtung den Karakter als Neuerungen verlieren und als konſequente Durchführung der im modernen Rechte nicht zu verkennenden Anſchauung erſcheinen, nach welcher dem Inhaber und nicht dem von demſelben vertretenen Beſitzer die unmittelbare thatſächliche Herrſchaft über die Sache zuſteht. Die Ausſcheidung der Geltendmachung von Schadensanſprüchen aus dem poſſeſſoriſchen Verfahren dient dazu, den poſſeſſoriſchen Anſprüchen den pönalen Karakter zu nehmen, welchen ſie ſonſt bei der Begrenzung des Streitmateriales unter Umſtänden gewinnen könnten.

Zur Terminologie iſt zu bemerken, daß der Entwurf den Ausdruck „Beſitzklage", ungeachtet der Abſtellung des Beſitzſchutzes auf die Inhabung, als einen techniſchen beibehält, um mit der C. P. O. in Uebereinſtimmung zu bleiben.

Präjudizialklage.

Die aus § 231 der C. P. O. abzuleitende Zuläſſigkeit einer Präjudizialklage über das Beſtehen des Beſitzes oder der Inhabung kommt für dieſen Abſchnitt nicht weiter in Betracht, und ebenſowenig iſt die Kondiktion, welche den Beſitz zum Gegenſtande hat, oder die Klage aus dem Delikte der verbotenen Eigenmacht hier weiter zu berückſichtigen, da dieſe Anſprüche petitoriſcher Natur ſind.

Rechtsbeſitz.

II. Die Anerkennung des Inſtitutes des Rechtsbeſitzes als eines allgemeinen auf alle Rechte ſich beziehenden kann für den Entwurf nur in der Richtung in Frage kommen, daß zu entſcheiden iſt, ob die Vorſchriften über Beſitzſchutz allgemein auf dasjenige, einer näheren Definition immer noch bedürfende Verhältniß Anwendung finden ſollen, welches man als Rechtsbeſitz zu bezeichnen pflegt. Der Rechtsbeſitz würde der Sachinhabung zu vergleichen, alſo von Rechtsinhabung zu reden ſein.

Während die Sachinhabung ein der Geſetzgebung durch die Natur der Dinge von vornherein gegebenes Verhältniß iſt, würde die Rechtsinhabung

---

[1]) Code de proc. civ. Art. 23; vergl. code civil Art. 2229.

[2]) G. B. §§ 345—347.

[3]) Förſter-Eccius Bd. 3 § 162 Note 34; Zachariä Bd. 1 § 189 Note 1; ſächſ. G. B. § 190; öſterr. G. B. §§ 345—347.

[4]) Zachariä § 191 Note 2; ſächſ. G. B. §§ 205, 206; öſterr. G. B. 346.

[5]) A. G. O. I, 31 § 17.

ebenso wie ihr Gegenstand, das ausgeübte Recht, ein Verhältniß sein, welches der Gesetzgeber selbst setzt, um Folgen an dasselbe zu knüpfen.

Das Bedürfniß einer solchen Regelung bedarf des Nachweises.

Bisheriges Recht.

Eine Uebersicht über die bisherige gesetzgeberische Behandlung läßt sich dahin zusammenfassen: In den römischen Anfängen werden Sachbesitz und Rechtsbesitz getrennt gehalten, und ist das Gebiet des letzteren beschränkt. Später werden Sachbesitz und Rechtsbesitz als ein Rechtsinstitut behandelt und Rechte allgemein für mögliche Gegenstände des Besitzes oder gar für (unkörperliche) Sachen erklärt, oder es wird auch wohl in der Doktrin der Sachbesitz ebenfalls als ein Rechtsbesitz nämlich als Besitz des Eigenthumsrechtes aufgefaßt[1]).

In neuerer Zeit fängt man wieder an, Sachbesitz und Rechtsbesitz getrennt zu behandeln und die Rechte, bei denen ein quasi-possessorischer Schutz zugelassen wird, zu beschränken[2]).

Keine allgemeinen Vorschriften über den quasi-possessorischen Schutz.

Eine Analogie zwischen der Rechtsübung und der Sachinhabung besteht nur dann, wenn das Recht nicht in einmaliger Ausübung sich erschöpft, und auch dann in sehr verschiedenem Grade. Allgemeine auf alle Arten von Rechten passende Regeln, wie die Ausübung des Rechtes gestaltet sein müsse, um dem Ausübenden vor der Geltendmachung und dem Beweise seines Rechtes einen einstweiligen Schutz in der Fortübung desselben zu gewähren, lassen sich nicht aufstellen. Ebenso fehlt es an dem allgemeinen Bedürfnisse eines solchen Schutzes. Durch den Entwurf wird das Bedürfniß beseitigt bei denjenigen Rechten, welche mit der Inhabung einer Sache oder des Theiles einer Sache verbunden sind. Hiermit ist die Frage des quasi-possessorischen Schutzes des Pacht- und Miethrechtes und des Gebrauchsleiherechtes erledigt; andere Rechte obligatorischer Natur, bei welchen jene Frage ernstlich in Betracht kommen könnte, dürfte es nicht geben. Ebenso ist die Frage in Ansehung der mit der Inhabung der Sache oder eines Theiles derselben verbundenen dinglichen

---

[1]) Am weitesten geht das österr. G. B. § 311. Hier werden Rechte geradezu in Beziehung auf die Besitzbarkeit als eine Art von Sachen (unkörperliche) behandelt. Das preuß. A. L. R. I, 2 §§ 1, 2 faßt wohl auch Rechte als Sachen im weiteren Sinne auf, hält indessen die beiden Rechtsverhältnisse des Sachbesitzes und des Rechtsbesitzes insofern getrennt, als in dem Titel über den Besitz das Wort „Sache" nur im Sinne eines körperliches Dinges gebraucht wird und der Besitz an Sachen dem Besitz an Rechten parallel läuft. Das bayr. L. R. II, 5 § 2 unterscheidet zwar Sachbesitz und Rechtsbesitz und theilt die Possession in veram an körperlichen und quasi an unkörperlichen Dingen; dabei aber werden nach der Kreittmairschen Anmerkung alle jura incorporalia und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia als possessionem zulassend erklärt. Das franz. Recht faßt (code civil Art. 2228) Sachbesitz und Rechtsbesitz unter einen Besitzbegriff, giebt jedoch einen besonderen Schutz nur für den Rechtsbesitz des Gebrauchsberechtigten und für den Besitz der Legalservituten und der ersitzbaren servitudes continues et apparentes. — Vergl. Zachariä, franz. Civ. R. Bd. 1 § 187 b.

[2]) Im sächs. G. B. §§ 530, 556—562 auf Grunddienstbarkeiten, im bayr. Entw. III Art. 42 ff. auf dingliche Rechte, im hess. Entw. II, 2 Art. 28 ff. auf Dienstbarkeiten.

Rechte, Erbbaurecht und Nießbrauch, erledigt. Für die Rechte auf wiederkehrende Leistungen aus Reallasten oder auf Zahlung von Hypothekenzinsen ist das Bedürfniß eines quasi-possessorischen Schutzes zu verneinen. Ein solcher würde für den Verpflichteten besonders drückend sein. Bei den selbständigen Berechtigungen, deren Aufrechterhaltung und Regelung den Landesgesetzen überlassen ist, schließt der zu Gunsten der Landesgesetze gemachte Vorbehalt auch die Ermächtigung ein, einen quasi-possessorischen Schutz dieser Rechte zu bestimmen. Uebrigens ist aus der Vorschrift des § 781 Abs. 2, daß auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, die Bestimmungen über Grundstücke — einschließlich der für Sachen im Allgemeinen und deshalb auch für Grundstücke geltenden Bestimmungen — entsprechende Anwendung zu finden haben, nicht auf die Anwendbarkeit der Vorschriften über den possessorischen Schutz zu schließen; denn Gegenstand der Inhabung sind nur Sachen und nur zu Gunsten des Inhabers findet ein solcher Schutz statt. Die Erstreckung dieses Schutzes auf die Uebung eines gewissen Rechtes kann nicht durch analoge Uebertragung erfolgen, sondern beruht auf positiven Vorschriften, welche einen Ausnahmekarakter tragen.

Für den Entwurf bleibt nach den vorstehenden Darlegungen die Frage des quasi-possessorischen Schutzes nur für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten bestehen und wird durch die Vorschriften der §§ 979, 1048 gelöst. Die Rechtfertigung dieser Lösung ist den betreffenden Abschnitten vorzubehalten.

III. Das Schweigen des Entwurfes in Ansehung einiger aus dem gemeinen Rechte sich herleitender Rechtsinstitute bleibt zu rechtfertigen.

Possessorium summariissimum;

1. Der Entwurf kennt kein possessorium summariissimum. Man versteht hierunter einen provisorischen Schutz im Besitze, welcher demjenigen gewährt wird, der die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Sollte man das possessorium summariissimum nicht als durch die Bestimmungen der C. P. O. über einstweilige Verfügungen beseitigt ansehen[1]), so ist dasselbe jedenfalls neben diesen Bestimmungen entbehrlich geworden. Man könnte aber die weitere Frage aufwerfen, ob nicht das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung durch Aufstellung leitender Grundsätze für die richterliche Regelung des einstweiligen Zustandes in Beziehung auf ein streitiges Rechtsverhältniß weiter auszubauen sei. Wollte man eine solche Regelung vornehmen, so würde sie, wenn nicht in der Prozeßordnung, doch keinesfalls im Sachenrechte, sondern in dem Allgemeinen Theile des Gesetzbuches zu geschehen haben. Einer solchen Regelung stehen indessen dieselben Bedenken und Schwierigkeiten entgegen, welche einer allgemeinen Gewährung eines quasi-possessorischen Schutzes entgegenstehen.

Interdictum quod vi aut clam; operis novi nuntiatio;

2. Die Rechtsbehelfe, welche dem römischen interdictum quod vi aut clam oder der römischen operis novi nuntiatio entsprechen, können als obligatorische Ansprüche aus einem Spezialdelikte ohne possessorische Begrenzung des Streitmateriales oder als possessorische Ansprüche gedacht werden. Ansprüche der ersteren Art sind von dem Entwurfe in dem Obligationenrechte nicht zum Gegenstande

[1]) Förster-Eccius Bd. 3 § 162 Note 27.

beſonderer Beſtimmungen, wie ſie im dresd. Entwurfe[1]) ſich finden, gemacht worden. Bei Anſprüchen der letzteren Art würde die Beſonderheit darin liegen, daß neben den in § 814 bezeichneten Fällen verbotener Eigenmacht noch andere Fälle einer auf anderer Grundlage beruhenden verbotenen Eigenmacht aufgeſtellt und Reſtitutionsanſprüche mit poſſeſſoriſch begrenztem Streitmateriale gegeben werden. In der gemeinrechtlichen Doktrin herrſcht über die Vorausſetzungen der beſonderen verbotenen Eigenmacht des interdictum quod vi aut clam und der operis novi nuntiatio ſo viel Streit, daß über beiden Inſtituten ein gewiſſes Dunkel liegt. In den modernen Geſetzgebungen kommen poſſeſſoriſche Klagen, welche den Rechtsbehelfen des interdictum quod vi aut clam und der operis novi nuntiatio entſprechen, nicht vor. In der franzöſiſchen Doktrin iſt beſtritten, ob die dénonciation de nouvel oeuvre als die gewöhnliche Beſitzſtörungsklage (complainte) oder als eine eigenartige Beſitzſtörungsklage zu behandeln iſt, bei welcher ausnahmsweiſe ſtatt eines trouble actuel ein trouble eventuel genüge[2]).

Wenn die gedachten Rechtsbehelfe über die Beſitzſchutzmittel hinausgehen ſollen, ſo kommt man zu einer Art der verbotenen Eigenmacht, bei welcher der Handelnde ſich nicht mit dem Willen des Inhabers in Anſehung der Sache in Widerſpruch befindet, ſondern dem ihm ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärten Willen eines angeblich Berechtigten zuwider handelt. Es erſcheint aber bedenklich, einer privaten Prohibition, mögen deren nähere Vorausſetzungen geregelt werden, wie ſie wollen, eine ähnliche Wirkung beizulegen, wie einem gerichtlichen Einhaltsverbote, und auf dieſe Wirkung einen Reſtitutionsanſpruch zu gründen. Die Vorſchriften der C. P. O. über den Erlaß einſtweiliger Verfügungen werden dem praktiſchen Bedürfniſſe genügen.

actio aquae pluviae arcendae.

3. Die römiſche actio aquae pluviae arcendae hatte auch ſchon im römiſchen Rechte keinen poſſeſſoriſchen Karakter. Der Entwurf behandelt den mit dieſer actio verfolgbaren Anſpruch unter den Vorſchriften des Nachbarrechtes in § 856.

Fehlerhafte Inhabung.

§ 818.

Fehlerhaftigkeit als Folge verbotener Eigenmacht.

Der § 818 enthält keine ſelbſtändige Rechtsnorm, ſondern ſtellt eine Vorausſetzung feſt, an welche die folgenden Paragraphen anknüpfen.

Für diejenige Inhabung, welche durch verbotene Eigenmacht erlangt iſt, wird in Uebereinſtimmung mit der Redeweiſe des ſächſ. G. B. § 190 die techniſche Bezeichnung gewählt, daß die Inhabung eine fehlerhafte ſei (possessio vitiosa des gemeinen Rechtes). Die Fehlerhaftigkeit iſt eine relative Eigenſchaft und beſteht gegenüber demjenigen, gegen welchen die verbotene Eigenmacht geübt iſt, und gegenüber den Erben desſelben. Iſt die Inhabung durch den Tod des Eigenmächtigen erledigt und der Erbe durch

[1]) Art. 1017—1019. Material zu den Beſtimmungen des dresd. Entw. S. 128—156.

[2]) Zachariä § 187; Aubry et Rau, Cours de droit fr. t. II, § 198 Note 2.

eigene Apprehenſion der Inhabung an die Stelle des Eigenmächtigen getreten, ſo ſoll die Fehlerhaftigkeit der Inhabung fortdauern. Der Erbe muß die Inhabung als Erbe erlangt haben. Das Erbeſein genügt nicht, wenn die Inhabung anders erlangt, z. B. die Sache von dem Erblaſſer vor deſſen Tode tradirt iſt. Zu bemerken iſt, daß die Vorſchrift des § 2053 weiter geht und den Erben auch vor Apprehenſion der Inhabung dem poſſeſſoriſchen Anſpruche dahin haften läßt, daß er die Inhabung der im Nachlaſſe befindlichen Sachen demjenigen, gegen welchen die Eigenmacht geübt iſt, zu überlaſſen hat. Die Gleichſetzung der Inhabung des Erben mit der Inhabung des Eigenmächtigen, welche ſich nicht von ſelbſt verſteht, da die Inhabung des Erben eine neue Inhabung iſt, wird dadurch gerechtfertigt, daß zwiſchen dem Erben des Eigenmächtigen und dem Verdrängten in Anſehung der Verfolgung der Rechte zum Haben der Sache die Rechtspoſition ganz die gleiche bleibt, wie ſolche zwiſchen dem Erblaſſer und dem Verdrängten beſtand. Der Grund für Regelung des Beſitzſtandes in der Weiſe, daß der Einfluß der geübten verbotenen Eigenmacht wieder aufgehoben wird, bleibt mithin beſtehen. Bei dem römiſchen interdictum unde vi galten für den paſſiven Uebergang auf die Erben diejenigen Grundſätze, welche in Anſehung des Ueberganges der Deliktsklagen auf die Erben Anwendung finden; auch das preuß. Recht läßt die Erben haften[1]).

Fehlerhaftigkeit der Inhabung des Erben des Eigenmächtigen.

Gelangt die Inhabung in die Hand eines Dritten, welcher nicht Univerſalſukzeſſor des Eigenmächtigen iſt, ſo hört die frühere Fehlerhaftigkeit auf. Von dieſer Regel macht der Entwurf in Uebereinſtimmung mit dem gemeinen Rechte und den demſelben folgenden Geſetzgebungen[2]) eine Ausnahme zu Ungunſten des Nachfolgers, welcher bei der Erlangung der Inhabung die Fehlerhaftigkeit der Inhabung ſeines Vormannes kannte. Dieſe Erſtreckung der Haftung iſt für den Entwurf nicht aus dem Geſichtspunkte einer Theilnahme des Nachfolgers an dem Delikte zu rechtfertigen; wohl aber findet ſie ihre Rechtfertigung in ihrem Zwecke, Vereitelungen und Umgehungen des Geſetzes zu verhüten. Der neue Erwerber der Inhabung, welcher ſich dieſelbe von einem Vormanne einräumen läßt, der, wie der Erwerber weiß, unter dem geſetzlichen Reſtitutionsbefehle des § 819 ſteht, handelt in fraudem legis.

des Einzelnachfolgers.

Anſpruch auf Wiedereinräumung der Inhabung.

§ 819.

1. Der § 819 bringt den an die in § 818 beſtimmte Vorausſetzung der Fehlerhaftigkeit der Inhabung geknüpften geſetzlichen Reſtitutionsbefehl. Dieſer Befehl richtet ſich gegen denjenigen, welcher zur Zeit die Sache fehlerhaft innehat, und wird durch deſſen gegenwärtige Inhabung in ſeiner Wirkung

Haftung des gegenwärtigen Inhabers.

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 148.

[2]) C. Saepe c. 18 X de restitutione (2,13); ſächſ. G. B. § 206; zür. G. B. § 507; bayr. Entw. III Art. 35 Abſ. 1. Im preuß. A. L. R., im bayr. L. R. (II, 5 § 11), im franz. Rechte (Zachariä Bd. 1 § 190b Note 2) und in § 146 des bad. Einführungsgeſetzes zu den Reichsjuſtizgeſetzen kommt eine gegen Dritte zu richtende Spolienklage nicht vor.

bedingt und beschränkt. Wenn auch die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes regelmäßig auf alle Arten von Ansprüchen Anwendung finden, so hat doch der Umstand, daß die hier bestimmte Restitutionsverpflichtung von einer praesens possessio abhängt und nicht auf ein commissum sich gründet, die wichtige Konsequenz, daß alle Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung der Obligation unanwendbar werden; denn die Obligation besteht nur, insoweit deren Naturalerfüllung möglich und erzwingbar ist. Entäußert sich der Beklagte der Inhabung während des Prozesses, so wird er von der Besitzklage frei, bis auf seine Haftung für die Kosten des Verfahrens. Durch diese Begrenzung des Restitutionsanspruches ist von selbst, ohne daß es einer weiteren Hervorhebung im Gesetze bedarf, die Geltendmachung von Schadensansprüchen im Besitzprozesse ausgeschlossen.

Durch den Restitutionsbefehl wird dem Beklagten aufgegeben, seinerseits diejenige Thätigkeit zu entwickeln, welche erforderlich ist, damit der Kläger die Inhabung wieder ergreifen könne. Eine lediglich prohibitorische Gestaltung der Besitzklage wegen Entziehung der Inhabung würde den Zwecken derselben nicht genügen. Die positive Thätigkeit, welche dem Beklagten anbefohlen wird, gestaltet sich verschieden, ähnlich wie bei der Vindikation, je nachdem es sich um Grundstücke oder um bewegliche Sachen handelt. Ist der Beklagte ungehorsam, so hat er die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen nach §§ 769, 771 C. P. O. zu dulden.

Exceptio vitiosae possessionis.

2. War die dem Kläger durch verbotene Eigenmacht entzogene Inhabung dem Beklagten gegenüber fehlerhaft, so bleibt die Handlung des Beklagten zwar formell rechtswidrig, aber der durch diese Handlung herbeigeführte Besitzstand ist doch nur ein solcher, wie er, wenn von keiner Seite eigenmächtig verfahren wäre, bestehen würde. Damit ist der Grund für die Besitzklage des Klägers weggefallen. Dem Zwecke des Besitzprozesses würde es nicht entsprechen, wenn man bei mehrfachen auf einander gefolgten Gewaltsamkeiten nur die letzte berücksichtigen wollte. Wenn der Entwurf auch zunächst nur die exceptio vitiosae possessionis giebt, so ist doch damit auch zugleich die entsprechende Replik und Duplik zugestanden, soweit nicht die Vorschrift des § 824 eine zeitliche Grenze zieht.

Mit der in den modernen Gesetzgebungen angenommenen Eigenschaft der Besitzentziehungsklage als eines Deliktsanspruches würde die exceptio vitii nicht wohl stimmen, da mehrfache wechselseitige Delikte sich nicht gegenseitig aufheben, sondern gesonderte Ansprüche erzeugen. Zu einem ähnlichen Resultate, wie der Entwurf, gelangt indessen das preußische Recht durch die Bestimmungen[1]), nach welchen durch verbotene Eigenmacht zum Nachtheile des Verletzten kein Besitz erworben wird. Das österr. Recht läßt in einem solchen Falle nur „unechten" Besitz erworben werden[2]). In dem sächs. G. B.[3]) wird der Dejektionsklage gegenüber die exceptio vitii nicht gewährt. Im franz. Rechte ist es bestritten, ob der Umstand, daß der

[1]) A. G. O. I, 31 § 14, A. L. R. I, 7 §§ 96, 99, 106.
[2]) G. B. §§ 345—347.
[3]) § 209; vergl. § 207.

Beſitz gewaltſam oder heimlich ausgeübt iſt, eine abſolute die Anſtellung der Beſitzklage gegen Jeden ausſchließende Wirkung habe oder nur gegenüber demjenigen in Betracht komme, gegen welchen heimlich oder gewaltſam gehandelt iſt[1]). Die Entwürfe[2]) von Bayern und Heſſen laſſen die exceptio vitii zu.

Ablehnung der exceptio spolii.

Die aus dem kanoniſchen Rechte ſtammende Spolieneinrede[3]), welche bei allen Civilklagen ohne Unterſchied mit der Wirkung zuläſſig iſt, daß der Spoliirte jeden Anſpruch des Spolianten von ſich abwehren darf, bis der frühere Zuſtand hergeſtellt iſt, und mit welcher die exceptio vitii nicht vereinbar ſein würde, hat der Entwurf in Uebereinſtimmung mit dem preußiſchen Rechte nicht aufgenommen, weil in der Gegenwart Gewaltthätigkeiten nicht ſo häufig ſind, daß ihnen durch zivilrechtliche Ausnahmevorſchriften zu Ungunſten des Gewaltthätigen entgegengetreten werden müßte.

Anſpruch wegen Störung in der Inhabung.

§ 820.

Voraussetzung des Anspruches

Die Vorausſetzung der Beſitzſtörungsklage iſt eine mindere als diejenige der Beſitzentziehungsklage. Die verbotene Eigenmacht braucht nicht bis zur Aufhebung der thatſächlichen Gewalt geführt zu haben, aber ſie muß auch hier einen bis in die Gegenwart hineinreichenden thatſächlichen Zuſtand geſchaffen haben, deſſen Beſeitigung mit Ausſcheidung der Frage des Schadenserſatzes der alleinige Zweck der Beſitzklage iſt und welcher das Analogon der fehlerhaften Inhabung bildet. Auch bei der Beſitzſtörungsklage iſt der Gedanke fern zu halten, daß die in der Vergangenheit liegende Handlung der verbotenen Eigenmacht der Grund der Klage ſei. Dieſe Handlung für ſich allein genommen iſt entweder, wenn weder Fahrläſſigkeit noch Vorſatz unterläuft, rechtlich bedeutungslos oder ſie erzeugt einen Deliktsanſpruch, deſſen Geltendmachung ihren eigenen Weg geht.

Die Vorausſetzung eines bis in die Gegenwart dauernden Zuſtandes nimmt bei der Beſitzſtörungsklage eine doppelte Geſtaltung an.

Körperlich fortdauernde Störung.

Die Wirkung der Störung und damit die Störung ſelbſt kann körperlich fortdauern, z. B. wenn der Störer von einem Nachbargebiete aus in die räumliche Machtſphäre des geſtörten Inhabers hinüberwirkende oder hineinragende Anlagen hält oder wenn er in das Gebiet desſelben Sachen hineingeſchafft, vielleicht Gebäude darauf errichtet hat, und dort beläßt. Man kann übrigens nicht eine jede körperliche Veränderung und Beſchädigung einer Sache als fortdauernde Beſitzſtörung anſehen.

---

[1]) Code civil Art. 2229, 2232, 2233; Zachariä, franz. Civ. R. Bd. 1 § 188 Note 3.

[2]) III Art. 36 und II, 2 Art. 17, 18.

[3]) c. 2 C. III qu. 2; c. 2, 4 X de ord. cogn. 2,10; c. 7, 10 X de rest. spoliat. 2,13; c. 1 de rest. spoliat. in VI° 2,5; vergl. code de proc. Art. 27, bayr. Ausf. Geſ. zur C. P. O. Art. 84, 170; vergl. Entſch. d. R. G. Bd. 7 S. 328 ff.

Besorgniß weiterer Störungen

Eine fortdauernde, wenn auch nicht körperlich fortdauernde Wirkung der Störung ist auch in der Weise möglich, daß durch die verbotene Eigenmacht unter den besonderen Umständen die Besorgniß weiterer Störungen erregt und ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Man kann nicht annehmen, daß dies in einem jeden Falle der Störung zutreffe. Das Ausgehen von einer solchen Annahme würde die Benutzung des Besitzprozesses zur Chikane erleichtern. Ist der ursprünglich gegebene Anlaß zur Befürchtung weiterer Störungen in Folge einer inzwischen eingetretenen Veränderung der Verhältnisse gänzlich beseitigt, so wird nach der Fassung des Entwurfes („sind weitere Störungen zu besorgen") eine Verurtheilung des Störers nicht mehr verlangt werden können. Die Frage, ob durch Drohungen ein Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden kann, welcher die Zulassung der possessorischen Klage rechtfertigt, hat der Entwurf der Entscheidung durch die Doktrin und Praxis überlassen.

Je nachdem die Störung die eine oder die andere Gestalt annimmt, gestalten sich die Rechtsfolgen verschieden.

Inhalt des Anspruches.

Von einer eigentlichen körperlichen Restitution kann man nur bei körperlich fortdauernden Störungen reden; deshalb setzt auch der Entwurf, indem er den Anspruch auf Wiederaufhebung giebt, das Vorliegen einer solchen voraus. Ein lediglich gegen die Fortsetzung der Störung sich richtendes Verbot würde nicht ausreichen, da zu der Beseitigung der körperlich fortdauernden Störung, z. B. durch Einziehen einer Projektion, eine positive Thätigkeit erforderlich ist. Die Leistung einer solchen Handlung ist dem Beklagten auferlegt, da eine bloße Duldungspflicht desselben nicht genügen würde; vergl. § 943.

Liegt nicht eine körperlich fortdauernde Störung vor, so richtet sich die Restitution auf Beseitigung der erregten Besorgniß und Wiederherstellung des früheren Zustandes der Rechtssicherheit. Das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes kann nur darin bestehen, daß der Störer zur Unterlassung fernerer Störungen verurtheilt und die Vollziehung dieses Urtheiles in der aus § 775 der C. P. O. sich ergebenden Art und Weise durch Strafen und Auflage der Bestellung von Sicherheit zur Vollziehung gebracht wird.

Einwand der fehlerhaften Inhabung.

Der Entwurf giebt die exceptio vitiosae possessionis auch gegenüber der Besitzstörungsklage. Dies erscheint durch die Konsequenz geboten. Denn wenn der Dejizient nicht in die ihm durch verbotene Eigenmacht entzogene Inhabung restituirt wird, so kann man ihn auch nicht restituiren, wenn er eine mindere Beeinträchtigung seiner Inhabung erleidet.

Verhältniß der Ansprüche wegen Besitzstörung und wegen Besitzentziehung.

Eine rekuperatorische Wirkung wird die Besitzstörungsklage zwar nicht haben, aber die Klage wegen Störung und die Klage wegen Entziehung werden leicht in einander laufen. Sollte der durch die verbotene Eigenmacht des Beklagten geschaffene Zustand, welchen der Kläger als Störung rügt und dessen Beseitigung er verlangt, ein solcher sein, daß man dem Beklagten die Inhabung zuschreiben muß, so bleibt die unpassende Bezeichnung jenes Zustandes als Störung gleichgültig; die Ansprüche wegen Störung und wegen Entziehung der Inhabung sind ihrem Grunde nach gleichartig und nur umfänglich verschieden. Der Vorschrift des § 230 Abs. 2 Ziff. 2 der C. P. O., welche die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches

fordert, ist nicht um deswillen zuwidergehandelt, weil der als verbotene Eigenmacht gerügten Handlung die Wirkung der Aufhebung der Inhabung nicht beigemessen ist.

Vom geltenden Rechte[1]) weicht der Entwurf im praktischen Resultate wenig ab, nur daß im geltenden Rechte die Richtung der Störungsklage gegen eine gegenwärtige Beeinträchtigung der Inhabung oft verschwindet oder wenig hervortritt und nicht diese gegenwärtig fortdauernde Beeinträchtigung, sondern die in der Vergangenheit liegende Handlung verbotener Eigenmacht als Grund der Klage erscheint, mit welcher (von dem preußischen Rechte abgesehen) auch Schadensersatz gefordert werden kann. Drohungen werden meistens nicht als genügend zur Begründung der Klage behandelt. Der Anspruch auf Wiederherstellung des früheren körperlichen Zustandes findet nur vereinzelt ausdrückliche Anerkennung. Abweichungen vom geltenden Rechte.

Besitzklagen des Besitzers.

§ 821.

Das Vertretensein durch einen Detentor in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt ist nach dem Entwurfe nicht eine eigene, wenn auch nur mittelbare Inhabung, sondern nur ein Aequivalent der eigenen Inhabung als Besitzerforderniß. Die Vorschrift des § 821 macht jenes Vertretensein zum Aequivalente der eigenen Inhabung auch in Ansehung des Besitzschutzes, so daß die Besitzklagen auch dem Vertretenen zustehen. Diese Erstreckung des Besitzschutzes auf den Vertretenen ist aber nur in beschränkter Weise gerechtfertigt. Das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht richtet sich gegen den Vertreter; aus der Person des Vertreters entscheidet sich die Frage, ob ohne den Willen des Inhabers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt ist und somit der Thatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliegt. Ferner kann vom Vertretenen nur die Wiederherstellung desjenigen Besitzstandes verlangt werden, welcher vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht bestand, also insbesondere Rückgabe der Sache an den bisherigen Inhaber, welcher in Ansehung des Rechtes, die Rückgabe der Sache zu verlangen, der Nächstberechtigte bleibt. Nur wenn der Vertreter die Sache nicht zurücknehmen will, ist es gerechtfertigt, daß die Sache an den Vertretenen zurückgegeben werde. Bis zu einer solchen Willenserklärung des Vertreters erscheint die Uebergehung desselben oder seiner Erben bei der Restitution der Sache unstatthaft, selbst wenn in der Person desselben eine — immer nur vorübergehende — Behinderung in der Annahme der Sache stattfindet, weil die Uebergehung unter Umständen die Rechte des Inhabers verletzen kann, z. B. wenn demselben ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht. Beschränkung des possessorischen Schutzes in Ansehung des Besitzers.

Durch die Gewährung eines solchen Nebenklagerechtes wird die Lage des Beklagten nicht erschwert. Dem Vertretenen wird ein Mittel gewährt, um,

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 150; code de proc. Art. 23; sächs. G. B § 205; österr. G. B. § 339; zür. G. B. § 503; bayr. Entw. III Art. 32; hess. Entw. II, 2 Art. 15, 17.

unabhängig von seinem vielleicht verhinderten oder nicht pflichtgetreuen Vertreter, die seinem rechtlichen Interesse entsprechende Restitution des früheren Besitzstandes herbeizuführen. Zugleich wird durch diese Ausdehnung des Besitzschutzes die Abweichung des Entwurfes vom geltenden Rechte gemindert. Die Befürchtung von Komplikationen aus der Konkurrenz der auf ein idem gehenden Ansprüche des Vertreters und des Vertretenen, insbesondere beim Ergehen abweichender Urtheile, kommt gegenüber dem praktischen Vortheile der Erweiterung des Besitzschutzes nicht in Betracht. Auch im Falle der Berechtigung mehrerer Personen zur Forderung einer untheilbaren Leistung (§§ 339, 951) und im Falle des Versprechens der Leistung an einen Dritten (§ 412 Abs. 2) kommt eine ähnliche Konkurrenz der Ansprüche vor.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

Klagerecht des Besitzers und des Oberinhabers

1. Klageberechtigt ist der Vertretene, also regelmäßig der Besitzer, § 821 Abs. 1. Neben dem Besitzer wird das gleiche Recht auch demjenigen gegeben, welcher zunächst die Inhabung vom Besitzer empfangen und sodann zur vertretungsweisen Ausübung weiter begeben hat, § 821 Abs. 2. Es ist denkbar, daß eine mehrfache Weiterbegebung der Inhabung stattgefunden hat; alsdann erweitert sich der Kreis der klageberechtigten Personen. Bei einer solchen mehrfachen Weiterbegebung setzt das Recht eines Klageberechtigten, die Wiedereinräumung der Inhabung an sich selbst zu fordern, voraus, daß nicht nur der Inhaber, sondern auch die zwischen diesem und dem Klageberechtigten stehenden Personen die Annahme der Sache abgelehnt haben, weil die Inhabung der Sache zur Wahrung der Rechte der Betheiligten denselben Weg bis in die Hände des Besitzers zurückzunehmen hat.

Selbständigkeit der Ansprüche.

2. Mit der Veränderung des Besitzstandes durch verbotene Eigenmacht ist der adjektizische Klaganspruch auf Wiederherstellung fest erwachsen. Der Inhaber, gegen welchen das Besitzunrecht verübt ist, kann nicht mehr die eigenmächtige Handlung und den durch sie geschaffenen Zustand genehmigen, insbesondere nicht in das Verbleiben der entzogenen Sache in den Händen des Entziehenden mit der Wirkung willigen, daß der konkurrirende Besitzanspruch aufgehoben wird.

Fall der Besitzstörung.

3. Bei der Besitzstörung ist das Interesse des Vertretenen an der ihm gewährten Klageberechtigung in den meisten Fällen ein geringeres als in den Fällen der Besitzentziehung, da die Folgen der Störung zunächst auf den Inhaber sich beschränken und nur unter Umständen, z. B. bei einer den Pachtgenuß und in Folge davon die Verpflichtung zur Zahlung der Pachtgelder mindernden Störung, auf den Vertretenen sich erstrecken. Die Bestimmung einer Ausnahme für den Fall der Besitzstörung wird indessen durch das geringere Interesse des Klageberechtigten nicht gerechtfertigt; gegen sie spricht, daß die Grenze zwischen Besitzstörung und Besitzentziehung oft schwer zu finden ist.

Mangel der Vertretungsmacht des Inhabers.

4. Hatte der Vertreter keine Vertretungsmacht, so hängt die Klageberechtigung des Vertretenen von der vorherigen Genehmigung desselben und von der Entscheidung der im Entwurfe nicht ausdrücklich entschiedenen Frage ab, ob die Genehmigung rückwirkende Kraft hat. In dem Falle des § 811 ist die Klageberechtigung des Vertretenen zweifellos, auch wenn es an der Vertretungsmacht des Inhabers fehlte, da dieser Mangel durch die Vorschrift des

§ 811 in Ansehung der Fortdauer des Besitzes und damit auch der aus dem Besitze sich ableitenden Rechte für bedeutungslos erklärt ist.

Einwendungen im Besitzprozesse.

§ 822.

Ausschluß petitorischer Einwendungen.

Wenn die Besitzklagen lediglich auf Grund der Veränderung des Besitzstandes durch verbotene Eigenmacht gegeben werden, ohne daß der Kläger ein Recht zu behaupten braucht, welchem die begehrte Restitution entspricht, so ergiebt sich hieraus die Folge, daß dem Besitzanspruche auch nicht mit einer Behauptung entgegengetreten werden kann, welche auf das Recht zum Haben der Sache oder zum Einwirken auf dieselbe sich bezieht; denn eine solche Behauptung würde den Grund der Klage nicht treffen, sondern nur vielleicht eine petitorische Widerklage begründen können, für welche aber nach § 33 der C. P. O. die Zuständigkeit des Gerichtes der Klage zweifelhaft sein würde, weil der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in keinem Zusammenhange steht. Diese Konsequenz ist indessen nicht immer anerkannt worden. Das preußische Recht, einer verbreiteten gemeinrechtlichen Meinung folgend, stellte in der A. G. O. I, 31 § 1 den Satz auf, daß neben den Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes gehören, auch die Thatsachen zu erörtern seien, welche die Entscheidung über das Recht begründen, und daß demgemäß die Entscheidung eines solchen Rechtsstreites nicht auf die Frage des Besitzes beschränkt, sondern dazu bestimmt sei, die Frage des Rechtes unter den Betheiligten mit Berücksichtigung der Folgen des Besitzes zu erledigen. Hierdurch hatte das possessorium ordinarium einen petitorischen Karakter erhalten, genügte aber in dieser Gestalt dem Bedürfnisse nicht, sondern machte es nothwendig, ein possessorium summariissimum, den eigentlichen preußischen Besitzprozeß, mit Ausschluß petitorischer Einwendungen zuzulassen.

Mit der Zulassung petitorischer Einwendungen würde auch der Klagegrund petitorisch werden und die Anomalie eintreten, daß der Kläger den eigentlichen Grund seines Anspruches nicht, wie § 230 der C. P. O. verlangt, aufzudecken braucht, also vorläufig dahingestellt sein lassen kann, ob er als Miether, als Nießbraucher oder als Eigenthümer Restitution fordert. Der Entwurf lehnt eine solche Anomalie ab und bleibt bei der im Eingange dargelegten Konsequenz. Er befindet sich dabei in Uebereinstimmung mit der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis und mit den meisten Gesetzgebungen [1]). Wenn man auch den Ausschluß der petitorischen Einreden als Konsequenz aus dem Klagegrunde der possessorischen Rechtsmittel ansehen kann, so ist es doch zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich, diese Konsequenz auszusprechen.

Ausnahmsweise Zulässigkeit derl.

Die vollständige Ausschließung eines jeden petitorischen Vorbringens würde aber in einer gewissen Richtung zu weit gehen; die Ausschließung wird

[1]) Code de proc. Art. 24; österr. G. B. § 346 Satz 2, § 342 Schlußsatz; zür. G. B. § 506; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 31, hess. Entw. II, 2 Art. 20.

deshalb im Entwurfe beſchränkt. Sie darf nur dasjenige petitoriſche Vorbringen treffen, durch welches dargethan werden ſoll, daß der durch formelles Unrecht geſchaffene Zuſtand dem materiellen Rechte entſpreche. Es bleibt aber auch denkbar, daß das petitoriſche Vorbringen ſich gegen das Vorliegen einer Handlung verbotener Eigenmacht richtet, indem das ſtattgehabte gewaltſame Verfahren durch Nachweis eines Rechtes und durch Nachweis der Vorausſetzungen, unter denen die eigenmächtige Verwirklichung dieſes Rechtes nach § 189 geſtattet iſt, als erlaubte Selbſthülfe gerechtfertigt wird.

Verhältniß der Beſitzklagen zu den Klagen aus dem Rechte.

§ 823.

Ueber das Verhältniß der Beſitzklagen zu den Klagen aus dem Rechte iſt Folgendes zu bemerken:

Trennung des poſſeſſoriſchen und des petitoriſchen Verfahrens nach der C. P. O.

1. Da nach der C. P. O. ein beſonderer Beſitzprozeß nicht beſteht, ſo würde nach den Beſtimmungen derſelben (§ 232 Abſ. 1) die Verbindung der Beſitzklage mit der petitoriſchen Klage an ſich zuläſſig ſein. Die Vorſchrift des § 232 Abſ. 2 unterſagt jedoch dieſe Verbindung aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Einklange mit dem in großen Gebieten Deutſchlands geltenden Rechte. Ob die eine oder die andere Klage als Widerklage ſtatthaft iſt, wird nach § 33 a. a. O. zu beurtheilen ſein; die Meinungen der Kommentatoren weichen in Anſehung dieſer Frage von einander ab.

Der Entwurf läßt dieſe reinen Prozeßvorſchriften der C. P. O. unberührt.

Unabhängigkeit der einen Klage von der anderen.

2. In Ermangelung einer jeden Beſtimmung über die Frage, ob die Erhebung der einen Klage die Erhebung der anderen Klage hindere, würde die Rechtsanwendung wohl zu der Verneinung dieſer Frage gelangen. Die Anſprüche aus der Inhabung bezw. dem Beſitze, welche der Entwurf gewährt, ſind ſelbſtändiger Natur. Das Recht auf Wiederherſtellung des früheren Beſitzſtandes iſt keineswegs blos die prozeſſualiſche Befugniß, die proviſoriſche Regelung eines thatſächlichen Verhältniſſes für den petitoriſchen Rechtsſtreit zu verlangen. Wenn die im Beſitzprozeſſe klagende Partei daneben die petitoriſche Klage erhebt, ſo giebt ſie für den petitoriſchen Rechtsſtreit die vortheilhafte Stellung auf, welche ihr die vorherige Reſtitution des früheren Beſitzſtandes vielleicht verſchaffen würde. Man darf aber daraus, daß der Kläger für den petitoriſchen Streit eine unvortheilhaftere Stellung, insbeſondere die Rolle des Angreifers ſtatt der Rolle des Beklagten, übernimmt, nicht mit dem franz. Rechte die Folgerung ziehen, daß die Anſtellung des Petitoriums als Verzicht auf das Poſſeſſorium zu gelten habe[1]). Im röm. Rechte findet ſich der

[1]) Code de proc. Art. 26: „Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire". Das bayr. Geſetz v. 23. Febr. 1879 zur Ausführung der C. P. O. § 82 und § 172 nimmt den franzöſiſchen Satz auf und ſpricht in § 82 die weitere Konſequenz aus, daß mit der Erhebung des Petitoriums der Beſitzprozeß verloren gegeben wird.

Satz: non denegatur ei interdictum uti possidetis qui coepit rem vindicare[1]). Der Entwurf beläßt es in § 823 Abs. 1 bei dem, was gelten würde, auch wenn das Gesetz schwiege. Da indessen dieses Ergebniß leicht verkannt werden könnte, so ist eine Vorschrift erläuternder Natur aufgenommen. Die positive Bestimmung des franz. Rechtes erscheint innerlich nicht gerechtfertigt; denn als interpretative Bestimmung würde sie, da ein rascher Sieg im Possessorium für den petitorischen Kläger von Vortheil bleibt, nicht richtig sein; als Maßregel zur Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens unterliegt sie dem Bedenken, daß die Rechte des zur Erhebung der Besitzklage Berechtigten in einer durch kein praktisches Bedürfniß geforderten Weise beeinträchtigt werden.

Erledigung der Besitzklage durch die Entscheidung im Petitorium.

3. Ist im Petitorium durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt, daß der durch verbotene Eigenmacht geschaffene Besitzstand, dessen Wiederaufhebung mit der Besitzklage verlangt werden könnte, dem materiellen Rechte des anderen Theiles entspricht, so kann die Besitzklage nicht weiter erhoben werden und die erhobene Besitzklage wird erledigt. In dieser Beschränkung gegenüber der unter 2. gedachten Erweiterung des franz. Rechtes ist der gemeinrechtliche Satz in der Praxis insbesondere auch des preuß. Rechtes[2]) anerkannt. Der Satz findet seine Rechtfertigung darin, daß eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden dem materiellen Rechte entsprechenden Restitution ein unnöthiger Umweg sein würde.

Die Erledigung der Besitzklage bezieht sich nur auf den Restitutionsanspruch. Die Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten; es wird nach § 87 der C. P. O. zu beurtheilen sein, ob und inwieweit die Ergebnisse des petitorischen Rechtsstreites bei der Entscheidung über die Kosten des Besitzprozesses zu berücksichtigen sind.

Ausschlußfrist für die Rügung der verbotenen Eigenmacht.

§ 824.

Geltendes Recht.

Die Verjährung der Ansprüche aus verletztem Besitze anbelangend, so dauert im gemeinen Rechte nach der gewöhnlichen Meinung der Anspruch aus der Besitzstörung nur so lange, als der Besitz, auf welchem er beruhet; er verjährt in einem Jahre. Der aus der Entziehung des Besitzes entspringende Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Frist von dreißig Jahren.

Im preußischen Rechte ist von einer Verjährung der Besitzklagen nicht die Rede[3]). Eine zeitliche Begrenzung ergiebt sich daraus, daß die Entsetzung neuerlich[4]) stattgefunden und die Störung eine noch fortdauernde Beeinträchtigung oder Bedrohung des Besitzes herbeigeführt haben muß.

---

[1]) L. 12 § 1 D. de poss. (41,2).
[2]) Striethorst Bd. 29 S. 290; Seuffert's Arch. 5,66; 6,90.
[3]) Entsch. des Ob. Trib. Bd. 14 S. 159 ff.
[4]) A. G. O. I, 31 § 1.

Nach franz. Rechte[1]) ist eine jede Besitzklage in Jahresfrist von dem Tage der geschehenen Störung an zu erheben.

Nach dem bayr. L. R.[2]) dauert die rekuperatorische Besitzklage dreißig Jahre, die Klage aus der Störung ein Jahr.

Das sächs. G. B.[3]) kennt eine einjährige Verjährung der Besitzklage und der Einrede des fehlerhaften Besitzes.

Die Entwürfe[4]) von Bayern und Hessen haben die einjährige Erlöschungsfrist.

Standpunkt des Entwurfes.

Der Entwurf unterscheidet sich von dem geltenden Rechte dadurch, daß er für die Besitzklagen weder eine Verjährung noch eine Präklusivfrist bestimmt und nur für die prozessuale Behauptung eines possessorischen Unrechtes eine von der Begehung der als verbotene Eigenmacht gerügten Handlung an beginnende Erlöschungsfrist setzt. Mittelbar ist damit für die Besitzklage eine Präklusivfrist bestimmt, da jene Behauptung zur Begründung derselben nothwendig ist.

Keine Verjährung

Daß die gewöhnliche Verjährung keine genügende zeitliche Begrenzung der Besitzklagen ergiebt, insbesondere nachdem die Ansprüche auf Schadensersatz aus dem Besitzprozesse ausgeschieden sind, wird unleugbar sein. Gegen die Bestimmung einer abgekürzten Verjährungsfrist sprechen überwiegende Gründe. Die Anwendung der Vorschriften über die Anspruchsverjährung würde mit vielen Zweifeln verbunden sein. Es fragt sich, ob das Recht auf Wiederherstellung des früheren durch die verbotene Eigenmacht angetasteten Besitzstandes als Anspruch im Sinne des § 154 aufzufassen ist, eine Auffassung, deren Richtigkeit besonders in dem Falle zweifelhaft wird, wenn bei der Besitzstörung eine körperlich fortdauernde Störung nicht vorliegt und nur Herstellung der früheren Rechtssicherheit durch Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen verlangt werden kann. Ferner würde sich fragen, ob mit der Besitzklage ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird und ob eventuell die Vorschriften über die Anspruchsverjährung für derartige nicht vermögensrechtliche Ansprüche passen. Aber wenn man auch alle diese Fragen zu Gunsten der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Verjährung auf die Besitzklagen beantworten will, so ergiebt sich eine weitere Schwierigkeit daraus, daß man zu einer Uebertragung der Verjährung auf die exceptio bezw. replica vitiosae possessionis und damit zu dem dem Entwurfe unbekannten Institute der Einredenverjährung gelangen würde. Man kann schwerlich aufstellen, demjenigen, welcher dem vitiösen Inhaber gegenüber seine Restitution mit verbotener Gewalt durchgesetzt habe, stehe überdies ein Anspruch gegen den Gegner auf Einwilligung in die geschehene Wiederherstellung zu, und mit der Verjährung dieses Anspruches erlösche die Einrede. Alle Schwierigkeiten werden vermieden durch die von dem Entwurfe gewählte Präklusivfrist, welche für die Anwendung der Verjährungsgrundsätze keinen Raum läßt.

---

[1]) Code de proc. civ. Art. 23.
[2]) II, 5 §§ 11, 12 a. E.
[3]) § 210.
[4]) III Art. 38 bezw. II, 2 Art. 23.

Die Kürze der Frist wird durch das praktische Bedürfniß gefordert. Die Frage, auf wessen Seite bei einem thatsächlichen Besitzkonflikte das formelle Recht gewesen ist, unterliegt einer baldigen Verdunkelung. Sucht der angeblich Vergewaltigte nicht binnen kurzer Frist gerichtlichen Beistand, so wird der Gegenbeweis für den Gegner durch die Verzögerung erschwert. Von den den Anspruchsberechtigten in höherem Grade schützenden Grundsätzen der Verjährung kann man um so mehr absehen, als demselben durch die Präklusion ein Abbruch an seinem materiellen Rechte nicht geschieht und höchstens die Rechtsverfolgung erschwert und die Inhabung während des Petitoriums entzogen wird. Kurze Präklusivfrist.

Die Berufung auf die vom Gegner geübte verbotene Eigenmacht muß in der Klage oder in der mündlichen Verhandlung geschehen, da die Schriftsätze nur vorbereitender Natur sind. Mithin entscheidet der Zeitpunkt der Klagebehändigung, bezw. des Vortrages in der mündlichen Verhandlung.

Die Parteien sollen durch die Präklusivfrist nur gehindert werden, auf Handlungen der Eigenmacht des Gegners, welche über Jahresfrist zurückliegen, sich zu berufen, um einen Besitzanspruch oder eine exceptio vitiosae possessionis zu begründen, nicht aber um eigene Handlungen dem Vorwurfe der verbotenen Eigenmacht gegenüber dadurch zu entschuldigen, daß sie ein vorausgegangenes Besitzunrecht des Gegners darthun, welchem gegenüber die gleichfalls als solches gerügte eigene Handlung erlaubte Selbsthülfe war. Den Hauptfall einer durch ein vorausgegangenes Besitzunrecht des Gegners gerechtfertigten Selbsthülfe bildet die in § 815 Abs. 3 bestimmte Wiederbemächtigungsbefugniß gegenüber dem heimlichen Okkupanten eines Grundstückes. Die in dem zweiten Absatze desselben Paragraphen bestimmte Wiederbemächtigungsbefugniß im Falle der Nacheile kommt wegen ihrer zeitlichen Begrenzung praktisch nicht in Betracht. Ausnahme.

Im Falle des § 815 Abs. 3 überdauert, wie bereits S. 113 bemerkt ist, die Wiederbemächtigungsbefugniß die Besitzklage. Man könnte diesem Uebelstande dadurch abzuhelfen suchen, das man die Präklusion der Besitzklage erst von dem Zeitpunkte der Kenntniß der gegnerischen Eigenmacht statt von dem Zeitpunkte der Begehung dieser Eigenmacht beginnen ließe. Eine solche Erweiterung der Ausschlußfrist würde aber die mit derselben gegenüber der Verjährungsfrist verbundenen Vortheile wieder in Frage stellen.

3. Beweiserleichterung zu Gunsten des Besitzers.

§ 825.

Die Vorschrift dieses Paragraphen ist die einzige in diesem Abschnitte, welche an die Voraussetzung des Besitzes eine das Eigenthum betreffende und zwar den Beweis desselben erleichternde Rechtsnorm anknüpft. Gesetzgebungen.

In den Gesetzgebungen finden sich nur vereinzelte Bestimmungen, welche dem Besitzer den Beweis seines Eigenthumes erleichtern. Das franz. Recht[1]) enthält den Satz: On est toujours présumé posséder pour soi et

[1]) Code civil Art. 2230.

à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre". Das österr. G. B.[1]) bestimmt: „Der Besitzer einer Sache hat die Vermuthung eines gültigen Titels für sich, er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden". Auch ist der Bestimmung des preuß. A. L. R.[2]) zu gedenken: „Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich".

Vermuthung zu Gunsten des Besitzers.

Die Frage, inwieweit bei den Eigenthumsklagen aus dem Besitze oder der Inhabung oder aus einem früheren Besitze oder einer früheren Inhabung und der besonderen Art des Verlustes derselben ein Schluß auf das Eigenthum des Besitzers oder Inhabers zu machen und von demselben ein weiterer Beweis seines Eigenthumes nicht zu fordern ist, bleibt der Erörterung der Vorschriften über die Vindikation und die negatorische Klage überlassen.

Es bleibt mithin hier nur die Frage des Beweises des Eigenthumes bei obligatorischen Ansprüchen bestehen, welche ein Eigenthumsinteresse verfolgen und bei denen nach der allgemeinen Vorschrift des § 193 derjenige, welcher den Anspruch erhebt, das Eigenthum zu beweisen haben würde. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit die Zulassung des Schlusses von dem Besitze auf das Eigenthum einen positiven Karakter hat oder, auch wenn das Gesetz schwiege, der Doktrin und der Praxis unverschränkt bleiben würde. Der Entwurf hat in doppelter Richtung Vermuthungen zu Gunsten des Besitzers aufgestellt. Einmal soll nach § 1195 Abs. 1 zu Gunsten des Verpfänders gegenüber dem Pfandgläubiger die Vermuthung bestehen, daß derselbe Eigenthümer des Pfandes sei. Diese Bestimmung ist der analogen Anwendung fähig in allen Fällen, in denen der Besitzer die Sache einem Inhaber anvertraut hat; denn der Grund der Vermuthung ist das — konfessionsartige, nicht rechtsgeschäftliche — Anerkenntniß des Eigenthumes des Anvertrauenden. In einer anderen Richtung wird an dieser Stelle eine Vermuthung aufgestellt. Wenn Jemand verpflichtet ist, für den Verlust des Besitzes einer Sache oder für Beschädigung einer Sache dem Besitzer Ersatz zu leisten, so wird das commodum possessionis als dem commodum dominii, d. h. dem Sachwerthe, gleichkommend vermuthet. Die Vorschrift wird anwendbar, wenn Jemand zur Restitution des Besitzes einer Sache oder zur Wiederherstellung des früheren Zustandes einer in dem Besitze eines Anderen befindlichen beschädigten Sache verpflichtet ist und es zur Liquidation des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung kommt. Es ist auch möglich, daß von vornherein die Forderung auf Erstattung des Werthes des Besitzes geht; vergl. § 737 Abs. 3, § 739 Abs. 1. Der Wertherſatz tritt in den vorbezeichneten Fällen an die Stelle der Naturalrestitution. Durch die Unmöglichkeit der Naturalrestitution darf der Anspruchsberechtigte nicht prozessualisch ungünstiger und der Verpflichtete nicht günstiger gestellt werden.

Die aufgestellte gesetzliche Vermuthung ist insofern eigenthümlicher Art, als nicht eine reine Thatsache (§ 198), sondern eine Verminderung des Vermögens mit Unterstellung des Eigenthumes des Besitzers vermuthet werden soll. Der Anspruchsberechtigte wird mithin von einer Substantiirung der in der

[1]) § 323.
[2]) I, 7 § 179.

Art seiner Schadensliquidation liegenden Eigenthumsbehauptung entbunden, und der zulässige Gegenbeweis ist nicht der Beweis der Unwahrheit einer bestimmten Thatsache, sondern der Beweis der Unrichtigkeit der Eigenthumsbehauptung. Wird die Unterstellung, daß dem früheren oder dem gegenwärtigen Besitzer das Eigenthum zustehe, als unrichtig dargethan, sei es durch den Nachweis eigenen Rechtes, sei es durch den Nachweis des Eigenthumes eines Dritten, so kann von dem Beschädigten oder Verlierer statt des Eigenthumsinteresses ein anderes Interesse nachgewiesen werden. Die Vorschrift des § 825 ist nicht etwa dahin zu verstehen, daß der Ersatzpflichtige auch die Abwesenheit eines jeden anderen Interesses nachzuweisen habe. Bei dem Beweise des Eigenthumsverhältnisses wird übrigens die Vermuthung aus § 826 die Vermuthung aus § 825 überwinden, gegenüber dem Besitzer eines Grundstückes mithin der Beweis des Mangels des Eigenthumes geführt sein, wenn eine andere Person im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen ist.

Schutz derjenigen, welche gutgläubig an den Besitzer als Eigenthümer geleistet haben.

Die gesetzliche Annahme des Eigenthumes des Besitzers könnte auch, ähnlich wie die Eintragung im Grundbuche nach § 838, zu Gunsten dritter Personen in Betracht kommen, welche gegenüber dem Eigenthümer als solchem verpflichtet sind und gutgläubig an den Besitzer leisten oder sonst Rechtsgeschäfte dem Besitzer gegenüber aktiv vornehmen oder passiv Erklärungen erhalten, z. B. zu Gunsten des Beschädigers einer Sache, welcher an den bloßen Inhaber als vermutheten Besitzer und Eigenthümer leistet, zu Gunsten des Empfängers einer Sache zu Nießbrauch, welcher an den Besteller, der nicht Eigenthümer ist, restituirt. Der Entwurf giebt keine allgemeine Bestimmung, sondern enthält nur die Spezialvorschrift des § 1195 Abs. 2. Auch ohne besondere Bestimmung wird das Richtige aus den allgemeinen Grundsätzen und dem in der angeführten Vorschrift enthaltenen höheren Prinzipe sich ableiten lassen.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkungen.

I. Zweckmäßigkeit allgemeiner Vorschriften.

I. Während die in Deutschland geltenden Gesetzbücher ebensowenig wie die römischen Quellen einen eigenen Abschnitt über Rechte an Grundstücken haben, enthält der bayr. Entw. nach dem Vorgange der Grundbuch- und Hypothekengesetze mehrerer Staaten[1]) allgemeine Bestimmungen über diese Rechte, indem er in dem zweiten Hauptstücke seines dritten Theiles I. die „Einwirkung des Grundbuches auf die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften" regelt und II. „allgemeine Vorschriften über das Grundbuch und die Einschreibungen in dasselbe" giebt. Für den vorliegenden Entwurf empfiehlt sich, wie bereits früher dargelegt wurde[2]), die Aufstellung gemeinsamer Normen für das Eigenthum und die begrenzten Rechte an Grundstücken schon um deswillen, weil derselbe die beiden Hauptprinzipien des Grundbuchrechtes, das Oeffentlichkeitsprinzip im materiellen Sinne (Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches) und das Eintragungsprinzip, vollständig durchführt. Hinzutritt, daß mit dem Eintragungsprinzipe ein anderer Grundsatz zusammenhängt, der gleichfalls für alle dinglichen Rechte sich bewährt, der Grundsatz nämlich, daß bei der Erwerbung durch Rechtsgeschäft der abstrakte Konsens der Betheiligten in Verbindung mit der Eintragung den Rechtsübergang vermittelt (materielles Konsensprinzip oder Prinzip des dinglichen Vertrages). Bei der hohen Wichtigkeit des Eintragungs- und des Konsensprinzipes und bei der Unklarheit, welche bezüglich beider Grundsätze in der bisherigen Gesetzgebung und Wissenschaft bemerkbar ist, erscheint es dringend geboten, durch allgemeine Vorschriften den Standpunkt des Entwurfes klarzustellen.

Inhalt derselben.

Die einzelnen Vorschriften, welche der gegenwärtige Abschnitt enthält, lassen sich fast sämmtlich auf das eine oder das andere der drei Hauptprinzipien zurückführen. Sie betreffen: 1. die Feststellung der in das Grundbuch eingetragenen Rechte (§§ 826, 827); 2. den Erwerb der Rechte an

---

[1]) Mecklenburg, Hamburg, Bayern, Altenburg, Reuß.

[2]) Oben S. 23.

Grundstücken durch Rechtsgeschäft (§§ 828–833); 3. den Verzicht auf solche Rechte (§ 834); 4. die Vereinigung des Eigenthumes und eines anderen Rechtes in derselben Person (§ 835); 5. die Löschung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechtes (§ 836); 6. den öffentlichen Glauben des Grundbuches (§§ 837–839); 7. das Rangverhältniß zwischen mehreren dasselbe Grundstück belastenden Rechten (§§ 840–842); 8. die Berichtigung des Grundbuches (§ 843); 9. die Vormerkung (§§ 844, 845); 10. die Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (§ 846); 11. die Verjährung (§ 847).

II. Die Ausgestaltung des Publizitäts- und des Konsensprinzipes in dem Gesetzbuche ist wesentlich davon abhängig, wie das Eintragungsprinzip aufgefaßt und verwerthet wird. In dem geltenden Rechte stehen sich hauptsächlich zwei Auffassungen gegenüber. II. Eintragungs- und Konsensprinzip.

1. Nach dem Immobilienrechte der freien Städte Lübeck und Hamburg, den wichtigsten Grundb. und Hypoth. Gesetzen Mecklenburgs, dem sächs. G. B. und dem bayr. Entw. hat das Eintragungsprinzip für das Eigenthum und die begrenzten Rechte, soweit dieselben überhaupt diesem Prinzipe unterworfen sind, die Bedeutung, daß die Eintragung nicht ein blos formales Erforderniß der Erwerbung des Rechtes ist, sondern unabhängig von ihrer gesetzlichen Voraussetzung die Rechtsänderung bewirkt[1]). Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung.

Für Hamburg und Lübeck erklärt sich diese untrennbare Verknüpfung des Rechtes mit dem Buche aus der geschichtlichen Entwickelung der Auflassung und des Grundsatzes der Verschweigung. Die Judikatsnatur, welche dort die Auflassung hatte, verlieh nach Ablauf der Verschweigungsfrist dem Erwerber ein unanfechtbares Recht. Dieses Recht wurde später, als die Eintragung in die öffentlichen Bücher üblich wurde, durch den bezüglichen Inhalt des Buches mit Ausschließung des Gegenbeweises in Streitfällen als bewiesen angesehen. Die prozessualischen Formen freilich, unter deren Schutz die der Eintragung vorangehenden Akte vollzogen werden mußten, starben ab, und das Verschweigungsprinzip verlor seine Geltung. Aber die Eintragung selbst behielt die Wirkung formaler Rechtskraft, und wenn auch derjenige, welcher durch sie in seinem Rechte verletzt wird, gegen den Eingetragenen nicht schutzlos ist, so ist doch vermöge jener Wirkung das durch die Rechtsverletzung begründete Verhältniß nur ein obligatorisches. Aus diesem Grunde versagt der Anspruch des Verletzten auf Bewilligung einer die Verletzung hebenden neuen Einschreibung gegen den Dritten, wenn zu Gunsten eines solchen der Verpflichtete

---

[1]) Ueber die Rechtsentwickelung in Lübeck und Hamburg s. v. Buhn, deutschrechtliche Arbeiten (1877) und den Bericht des Ausschusses der hamb. Bürgerschaft, betr. den Entw. eines Hypoth. Ges. (1866) S. 3 ff. Im Uebrigen sind zu vergl. hamb. Ges. über Grundeigenthum und Hypoth. v. 4. Dez. 1868 §§ 2, 3, 6, 28, mecklenb. rev. Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 §§ 26, 37 und Hypoth. O. für Landg. v. 18. Okt. 1848 §§ 25, 26, sächs. G. B. §§ 276—278, 387, 398, 463, 465, 506, bayr. Entw. III Art. 56 ff.

über das für ihn eingetragene Recht oder auf Grund desselben verfügt hat. Der Dritte haftet nur, wenn er aus einer von ihm begangenen unerlaubten Handlung besonders verpflichtet ist.

In den übrigen Gebieten, deren Gesetze das Prinzip der formalen Rechtskraft des Buchinhaltes haben, hat hierzu nicht die geschichtliche Entwickelung, sondern das Bestreben geführt, dem Grundstücksverkehre und dem Realkredite eine möglichst sichere Rechtsgrundlage zu schaffen. Die Tragweite des Prinzipes ist in den mecklenburg. Gesetzen wesentlich dieselbe wie in dem hamburg. Rechte. In dem sächs. G. B. und dem bayr. Entw. ist sie insofern abgeschwächt, als in allen Fällen, in welchen die Eintragung auf einem nichtigen oder einem anfechtbaren Rechtsgrunde beruht, der Anspruch des Verletzten auch gegen den Dritten stattfindet, falls dieser bei seiner Erwerbung die Richtigkeit oder die Anfechtbarkeit gekannt hat.

Abhängigkeit der Eintragung von deren Voraussetzung

2. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke ꝛc. v. 5. Mai 1872 hat die Eintragung keine formale Rechtskraft. Im Falle der Auflassung eines Grundstückes vollendet sie den Eigenthumsübergang. Bei Eigenthumsbeschränkungen und gewissen dinglichen Rechten hängt von ihr die Wirksamkeit der Beschränkung und des Rechtes gegen Dritte ab. Die Hypothek und die Grundschuld können nur durch Eintragung begründet und nur durch Löschung aufgehoben werden. Die Einschreibung ist immer nur ein Erforderniß der Rechtsänderung bezw. der vollen Wirksamkeit derselben; fehlt ein sonstiges Erforderniß, so ist sie wirkungslos, und der Verletzte hat gegen denjenigen, für welchen sie erfolgte, einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches. Gegen einen Dritten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Buches das Grundstück oder ein Recht an demselben erworben hat, kann freilich dieser Anspruch nicht geltend gemacht werden. Aber dies ist die Folge des öffentlichen Glaubens, welcher dem Grundbuche beigelegt wird, nicht einer formalen Rechtskraft der Eintragungen[1]).

In solcher Weise ist das Eintragungsprinzip auch in denjenigen Gesetzen aufgefaßt, welche oben als Nachbildungen des preußischen Gesetzes bezeichnet sind[2]).

Bei der Entscheidung, welche das bürgerliche Gesetzbuch zu treffen hat, ist davon auszugehen, daß die Verfügung über ein Recht bezw. auf Grund eines solchen dem Berechtigten zusteht, und daß derjenige, zu dessen Gunsten verfügt wird, hieraus nicht ohne seinen Willen berechtigt werden kann. Dieser Standpunkt aber führt dahin, die Uebertragung des Eigenthumes sowie die Begründung, Uebertragung und Belastung der übrigen Rechte an Grundstücken so zu regeln, daß, von dem Erbfalle und den besonderen Fällen der Zwangsvollstreckung, der Enteignung ꝛc. abgesehen, der geeinte Wille der Betheiligten, d. i. der auf die Rechtsänderung gerichtete dingliche Vertrag das unerläßliche Erforderniß derselben ist. Wird dann noch vorgeschrieben, daß die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen werden müsse, um als solche gelten zu können, so heißt das an sich nichts Anderes, als daß der dingliche Vertrag in seiner Gültigkeit

---

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. §§ 1 ff., 9 ff., 18, 19, 38, 49, 57.

[2]) Die Gesetze sind S. 15 aufgeführt.

oder doch in seiner vollen Wirksamkeit von der Erfüllung auch des Erfordernisses der Eintragung abhängig sein soll. Diese Auffassung entspricht so sehr der natürlichen Anschauung und den allgemeinen Grundsätzen über die Form der Rechtsgeschäfte, daß sie von der Reichsgesetzgebung nur aufgegeben werden könnte, wenn praktische Rücksichten von besonderem Gewichte hierzu drängten.

Es wird freilich gelehrt, die formale Rechtskraft der Eintragungen folge aus dem Publizitätsprinzipe[1]). Allein hierbei ist diesem Grundsatze eine Tragweite beigelegt, welche einen ihr entsprechenden Inhalt desselben als von vornherein gegeben voraussetzt. Das Publizitätsprinzip ist indessen ebenso positiver Natur wie die Grundbucheinrichtung, auf welcher es beruht. Sein Hauptzweck ist, die Erwerbung von Rechten an Grundstücken von demjenigen, welchen das Buch als Berechtigten ausweist, zu ermöglichen, ohne daß der Erwerber der Gefahr einer Anfechtung aus Gründen ausgesetzt wird, welche in nicht ersichtlichen Mängeln des eingetragenen Rechtes des Veräußerers liegen. Dieser Zweck aber wird erreicht, wenn der Inhalt des Grundbuches zu Gunsten des mit der wirklichen Sachlage unbekannten Erwerbers als richtig fingirt wird. Dagegen ist es weder mit der Gerechtigkeit vereinbar noch durch das praktische Bedürfniß geboten, den Schutz des Publizitätsprinzipes auf die eigene Eintragung des Erwerbers zu übertragen und demgemäß dem dinglichen Vertrage, der allein dieser Eintragung den materiellen Inhalt zu geben vermag, jede Bedeutung für die eingetragene Rechtsänderung abzusprechen.

Einen Vorzug hat allerdings das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragungen, nämlich den, daß es jeden Widerstreit zwischen dem in dem Grundbuche dargestellten und dem wirklichen Rechte ausschließt[2]) und auf diese Weise eine ungemein einfache Gestaltung des Immobilienrechtes ermöglicht. Das Gewicht dieses Vorzuges aber verringert sich erheblich, wenn man beachtet, daß derselbe nur durch eine völlige Zurückdrängung des materiellen Rechtes zu erlangen ist. Ein praktisches Bedürfniß dafür, daß auch derjenige, welcher in Folge eines Irrthumes oder einer Fälschung oder auf Grund eines wegen Verfügungsunfähigkeit des anderen Theiles nichtigen Vertrages eingetragen wird, durch die Eintragung das ihm zugeschriebene Recht erwerbe, läßt sich nicht nachweisen. Die Rücksicht auf den Verkehr erheischt nur den Schutz des Dritten, der in Unkenntniß der wirklichen Sachlage von dem zu Unrecht Eingetragenen erwirbt. Gewiß liegt auch hierin eine Anerkennung des formellen Rechtes auf Kosten des materiellen. Aber sie ist doch immer nur eine Ausnahme von der Regel, daß nicht die Eintragung für sich, sondern nur der dingliche Vertrag die eingetragene Rechtsänderung zu bewirken im Stande ist, während das Prinzip der formalen Rechtskraft die Ausnahme zur Regel erhebt. Die Verallgemeinerung des Eintragungsprinzipes in dem Entwurfe berechtigt ohnehin zu der Erwartung, daß Fälle, in welchen der Inhalt des Grundbuches von der wirklichen Rechtslage abweicht, in Zukunft nicht gerade häufig vorkommen werden.

---

[1]) Exner, Publizitätsprinzip S. 3 ff., 55 ff.; v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. S. 83; Mot. zu § 278 des sächs. G. B.

[2]) Mot. zu dem bayr. Entw III S. 29 ff.

Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen ist auch keineswegs nur ein theoretischer. Seine praktische Bedeutung zeigt sich darin, daß, wenn rechtswidrig eingetragen worden, der Anspruch des Verletzten auf eine die Verletzung beseitigende neue Eintragung nach dem Grundsatze der formalen Rechtskraft nur ein obligatorischer, nach dem Eintragungsprinzipe des preuß. Rechtes dagegen ein dinglicher ist. Der obligatorische Anspruch aber versagt gegen dritte Personen und schwächt sich, wenn der Verpflichtete in Konkurs verfällt, zu einem einfachen Konkursanspruche auf Entschädigung ab, während der dingliche Anspruch nur der aus dem Publizitätsprinzipe sich ergebenden Beschränkung unterliegt, im Konkurse mithin sich voll bethätigt. Nun kann freilich, wie der Vorgang des sächs. G. B. und des bayr. Entw. beweist, durch positive Vorschrift auch der obligatorische Anspruch in den Grenzen des Publizitätsprinzipes gegen Dritte zugelassen werden. Allein die große Unbilligkeit gegen den Verletzten, welche mit der Verweisung desselben in die Reihe der Konkursgläubiger verbunden ist, läßt sich überhaupt nicht heben, wenn an dem Grundsatze der formalen Rechtskraft festgehalten wird.

Ablehnung des Prinzipes der formalen Rechtskraft.

In dem Entwurfe findet dieser Grundsatz keine Verwendung. Der dingliche Vertrag behält daher die ihm an sich zukommende Bedeutung für das Immobilienrecht, und das Eintragungsprinzip wird nur in dem Sinne verwerthet, daß die vertragsmäßige Rechtsänderung nicht eintritt, wenn sie nicht in das Grundbuch eingetragen wird. Die Eintragung ist nur ein formales Moment, welches seinen Inhalt aus dem Vertrage empfängt und folglich wirkungslos ist, wenn ihr ein gültiger Vertrag nicht zu Grunde liegt. Nur zu Gunsten des Dritten, welcher im Vertrauen auf ihre Richtigkeit erwirbt, hat sie rechtsbegründende Kraft.

Das Eintragungsprinzip in diesem Sinne kann sich auch für solche Fälle bewähren, in welchen die Rechtsänderung von dem Erfordernisse eines Vertrages nicht abhängig gemacht wird. Welche Bedeutung es für diese Fälle hat, wird bei der Begründung der betreffenden Vorschriften gezeigt werden.

III. Ausscheidung der Zwangsvollstr. in Grundstücke.

III. Der Entwurf ordnet weder die Zwangsversteigerung noch die Zwangsverwaltung der Grundstücke, weil beide Institute dem Rechte der Zwangsvollstreckung und folglich dem Prozeßrechte angehören. Zur Rechtfertigung seines Standpunktes ist Folgendes zu bemerken:

1. Ergänzung der C. P. O. durch ein bes. Ges. über die Zwangsv. in Grundstücke.

1. Die C. P. O. hat nur die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen vollständig, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen dagegen nur unvollständig geregelt[1]). Die Folge hiervon ist eine erhöhte Thätigkeit der Landesgesetzgebung auf diesem Gebiete gewesen. Fast jeder Bundesstaat hat im Jahre 1879 oder später ein Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erlassen[2]).

Jene Unvollständigkeit der C. P. O. hat ihren Grund in der großen Verschiedenheit des geltenden Immobilienrechtes. Dieser Grund aber wird sich mit der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches erledigen. Wenn daher der zur Befriedigung schwer wiegender Interessen gefaßte Gedanke, in Deutschland

[1]) C. P. O. §§ 644 ff., 755 ff.
[2]) Siehe unten S. 143 Anm. 2.

ein einheitliches Prozeßrecht herzustellen, zur vollen Ausführung gelangen soll, so muß die Lücke in der C. P. O. durch ein die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, insbesondere die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung der Grundstücke regelndes Reichsgesetz ausgefüllt werden. Der Entwurf rechnet darauf, daß ein solches Gesetz erlassen werden und gleichzeitig mit dem bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft treten wird [1]).

2. Zusammengehörigkeit des formellen und des materiellen Zwangsvollstreckungsrechtes.

2. In modernen Kodifikationen des bürgerlichen Rechtes kommen verschiedene Sätze vor, welche den einen oder den anderen Punkt des materiellen Rechtes der Zwangsvollstreckung in Grundstücke zum Gegenstande haben. Doch enthält kein Gesetzbuch den Versuch, diesen Theil des Vollstreckungsrechtes vollständig von dem formellen Theile zu trennen und für sich im Zusammenhange zu regeln [2]). Der code civil hat zwar einen Titel mit der Ueberschrift „de l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers". Von einer erschöpfenden Abhandlung des materiellen Versteigerungsrechtes ist aber auch hier keine Rede; hinsichtlich der Vertheilung des Versteigerungserlöses wird geradezu auf die Prozeßgesetze verwiesen [3]). Die Landesgesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen umfassen gleichmäßig die formelle und die materielle Seite dieses Rechtsgebietes. Der Entwurf setzt voraus, daß die Reichsgesetzgebung dieselbe Methode befolgen werde.

Im Allgemeinen freilich beruht die gegenwärtige Kodifikation auf dem Gedanken, daß das materielle Privatrecht in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu ordnen, die zu seiner Durchführung erforderlichen Vorschriften formeller Natur dagegen zu besonderen Gesetzen aufzustellen sind. Man könnte deshalb meinen, dem in Aussicht genommenen Gesetze über die Zwangsvollstreckung seien nur die formellen Bestimmungen vorzubehalten, das materielle Recht der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung sei in das Gesetzbuch zu übernehmen. Allein wenn dies richtig wäre, so müßte es für das gesammte Prozeßrecht sowie für das Konkursrecht zutreffen. Die C. P. O. beschränkt sich aber nicht auf bloße Prozedurvorschriften, sondern giebt zugleich, namentlich bei der Zwangsvollstreckung, eine Reihe materieller Bestimmungen, und in der Konk. O. ist neben dem Verfahren das materielle Konkursrecht nahezu vollständig geregelt. Diese Verarbeitung des Rechtsstoffes durch die Gesetzgebung ist auch keineswegs eine zufällige. Sie beruht auf einer richtigen Würdigung des praktischen Bedürfnisses, welches dringend erheischt, bei der Kodifikation des formellen Rechtes zugleich die materiellen Rechtsnormen auf-

---

[1]) Anm. zur Ueberschrift des 3. Abschn. des Entw.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I Tit. 8 §§ 40 ff., Tit. 11 §§ 22—25, 340 ff., 372, Tit. 14 §§ 104—106, Tit. 18 §§ 331 ff., Tit. 20 §§ 25 ff., 490 ff., 615—617, Tit. 21 §§ 140—142, II Tit. 4 § 247, Tit. 7 § 264, Tit. 8 § 165, Tit. 17 § 56; österr. G. B. §§ 347, 348, 461—464, 471, 843, 935, 968, 1076, 1121, 1135, 1136, 1215; sächs. G. B. §§ 315, 380—382, 414—418, 424, 435, 436, 444, 452, 510, 519, 528, 622; bayr. Entw. II Art. 304, 332, III Art. 150 (3), 254, 255, 381—383, 387, 394—397, 406.

[3]) Code civil Art. 2204—2217. In Baden sind die entsprechenden Sätze theils modifizirt, theils aufgehoben durch das Gesetz, die Einführung der Reichsjustizgesetze betr., vom 3. März 1879 § 41.

zustellen, welche lediglich oder vorzugsweise für dieses von Bedeutung sind, bezw. durch dasselbe veranlaßt werden und mit ihm in engster Verbindung stehen. Jede Abweichung von diesem Wege ist bedenklich, weil nur, wenn die ein Rechtsinstitut betreffenden formellen und materiellen Rechtssätze in ihrem Zusammenhange bleiben, das richtige Verständniß jeder einzelnen Rechtsnorm verbürgt werden kann. In verschiedenen Gesetzen aufgestellt, würde manche Rechtsnorm einen ganz anderen Sinn bekommen, als ihr beizulegen bezweckt ist.

Für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen darf überdies nicht außer Acht gelassen werden, daß das dieselbe ordnende Verfahren, weil es verschiedene erhebliche Interessen zu schützen hat, eine große Verantwortlichkeit der leitenden Beamten mit sich bringt, der Gesetzgeber mithin darauf bedacht sein muß, die zu befolgenden Vorschriften klar und zusammenhängend in nur einem Gesetze zu geben. Es wäre ein entschiedener Mißbegriff, wenn den Beamten die Handhabung zweier Gesetze über denselben Gegenstand zugemuthet würde, da hierdurch, auch wenn es gelänge, Widersprüche zu vermeiden, doch Dunkelheiten hervorgerufen und die Orientirung sowie das Verständniß überaus erschwert werden müßten.

Hinzutritt, daß die Regelung des materiellen Zwangsvollstreckungsrechtes in dem Gesetzbuche der späteren Aufstellung eines das Verfahren ordnenden Gesetzentwurfes mehrfach vorgreifen, eine vollständige Trennung der materiellen Rechtsnormen von den Prozedurvorschriften überdies gar nicht durchführbar sein würde.

Fragen kann es sich vielleicht, ob mit Rücksicht darauf, daß das Recht der Hypothek und der Grundschuld durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung ausgeübt wird, bezügliche Vorschriften erforderlich sind. Scheinbar spricht hierfür die Gestaltung des Faustpfandrechtes in dem Entwurfe. Der Verkauf des Pfandes durch den Gläubiger ist in den §§ 1169 ff. erschöpfend geregelt. Für die Hypothek und die Grundschuld dagegen ist nur das Recht des Gläubigers auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstückes im Allgemeinen anerkannt und in gewissen Beziehungen näher bestimmt, von der Regelung seiner Ausübung aber abgesehen[1]). Allein die Voraussetzungen für die Gestaltung des Pfandrechtes an beweglichen Sachen sind nicht dieselben wie für die Gestaltung der Hypothek und der Grundschuld. Für das Faustpfand hat der Verkauf desselben vollständig geordnet werden müssen, da er ein Privatverkauf des Gläubigers ist und folglich mit dem in der C. P. O. geregelten Verkaufe im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zusammenfällt. Für die Hypothek und die Grundschuld dagegen ist eine besondere Regelung der Ausübung des dinglichen Rechtes bei Voraussetzung des Zustandekommens eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen entbehrlich, weil der § 1075 des Entwurfes dadurch, daß er den Gläubiger auf die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung verweist, mit hinreichender Deutlichkeit erkennen läßt, daß nur die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung gemeint, den für diese außerhalb des bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Vor-

[1]) Entw. §§ 1075, 1076, 1078, 1081, 1098, 1099, 1108, 1125, 1135, 1136.

schriften mithin auch jenes Recht aus der Hypothek und der Grundschuld unterworfen ist. Es wäre aber auch wenig angemessen, solche Vorschriften an den § 1075 anzuschließen, da das Recht auf Zwangsversteigerung und auf Zwangsverwaltung nicht blos den Hypotheken- und Grundschuldgläubigern, sondern auch den persönlichen Gläubigern des Eigenthümers eingeräumt werden muß, für die Bestimmung des Rechtes der letzteren aber in dem bürgerlichen Gesetzbuche kein Raum ist.

IV. Grundsätze für die Zwangsversteigerung.

IV. Ist somit die Regelung der Zwangsvollstreckung in Grundstücke einem besonderen Gesetze vorzubehalten, so kann es sich doch fragen, ob nicht einige Hauptgrundsätze desselben für gewisse Bestimmungen des Entwurfes als dergestalt wesentliche Voraussetzungen gedacht sind, daß sie schon jetzt der Feststellung bedürfen.

1. Deckungsprinzip.

1. Die Hauptfrage ist, welchen Einfluß die Zwangsversteigerung auf die dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehenden Hypotheken und Grundschulden haben soll.

a) Röm. R. u. moderne Gesetzgebung.

a) Die Vorschriften des röm. Rechtes wurden früher ziemlich allgemein so aufgefaßt, daß nur der vorstehende Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung die Sache verkaufen könnte. In neuerer Zeit sind freilich angesehene Rechtslehrer dieser Auffassung entgegengetreten, indem sie im Einklange mit den modernen Hypothekengesetzen auch dem nachstehenden Gläubiger das Verkaufsrecht bezw. das Recht auf gerichtliche Zwangsversteigerung zugestehen. Immer aber hat die Wissenschaft des gemeinen Rechtes daran festgehalten, daß der Pfandverkauf nicht zur Beeinträchtigung der vorstehenden Gläubiger führen, also bei seiner Vollziehung im Wege der Zwangsvollstreckung nur zu einem die Besserberechtigten deckenden Preise erfolgen dürfe. Von der Gesetzgebung indessen wurde in den meisten Staaten dieses Deckungsprinzip nur zu Gunsten der außer dem Pfandrechte bestehenden begrenzten Rechte gewahrt, bezüglich der Hypotheken dagegen verlassen[1]). Noch die im Jahre 1879 zur Regelung der Zwangsvollstreckung in Grundstücke ergangenen Gesetze gestatten, von wenigen Staaten abgesehen, den Zuschlag an den Meistbietenden ohne Rücksicht auf die Höhe des Meistgebotes, selbst dann, wenn dieses geringer ist als die Summe, welche sich aus den Beträgen der dem Rechte des Antragstellers vorgehenden Hypotheken zusammensetzt[2]).

[1]) Vergl. für Preußen die A. G. O. I, 52 §§ 46 ff. und die Subh. O. v. 15. März 1869 §§ 20 ff.; die Subh. O. für die Rheinprovinz v. 1. Aug. 1822 §§ 23, 24, die Gesetze für die hohenzollernschen Lande v. 31. Mai 1860 Art. XV und Ehrenbreitstein v. 3. Februar 1864 Art. XV, die hannoversche Proz. O. v. 8. November 1850 §§ 562, 563; für Bayern das Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 und die Proz. O. v. 29. April 1869 Art. 1057 ff.; für Sachsen das G. B. §§ 435, 452.

[2]) Gesetze über die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen für Bayern v. 23. Februar 1879 Art. 55, 76, 82, Mecklenburg v. 24. Mai 1879 § 45 Nr. 6, 7, 10, 12, Weimar vom 12. Mai 1879 § 48 Ziff. 3 und § 50 Ziff. 8, Braunschweig v. 10. Juli 1879 §§ 55, 58, Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 14, Meiningen v. 21. Juni 1879 § 13, Rudolstadt v. 12. August 1879 § 13, Reuß j. L. v. 19. September 1879 §§ 13, 18, 25, 27, 28, 30, 34. Wesentlich denselben Standpunkt vertreten für Elsaß-Lothringen der code de proc. Art. 697 ff. und das Ges. über die Zwangsvollstr. in das

Das Deckungsprinzip hielt sich nur in Württemberg[1]), Hessen[2]) mit Ausschluß der Provinz Rheinhessen, Hamburg[3]), Lübeck[4]) und in einigen Theilen Preußens — Schleswig-Holstein[5]), Hessen-Nassau[6]), Neuvorpommern und Rügen[7]). Neuerdings ist es in dem gesammten Geltungsbereiche der preuß. Grundb. O.[8]) sowie in Sachsen und in Bayern zur gesetzlichen Anerkennung gelangt[9]).

b) Gründe für das Deckungsprinzip.

b) Die Gründe, welche für dieses Prinzip angeführt werden[10]), sind theils juristischer theils wirthschaftlicher Natur.

---

unbewegl. Vermögen ꝛc. v. 30. April 1880 § 13, Baden das Ges., die Einf. der R. Justiz Gesetze betr., v. 3. März 1879 §§ 66, 69, Rheinhessen das Ges., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 4. Juni 1879 Art. 132—136, Anhalt das Subh. Ges. v. 10. Mai 1879 § 21, Altenburg das Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 13. Oktober 1852 §§ 106—110 und das Ges., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 25. März 1879 § 18, Sondershausen das Ausführungsges. zur C. P. O. v. 17. Mai 1879 § 9, Reuß. ä. L. das Ges., Bestimmungen zur Ausf. der C. P. O. betr., v. 3. Mai 1879 §§ 42 und 44, Lippe-Detmold das Ausführungsges. zur C. P. O. v. 26. Juni 1879 §§ 11 und 12, Bremen die Erbe u. Handfesten O. v. 1860 § 53.

[1]) Ges., betr. die Zwangvollstr. ꝛc., v. 18. August 1879 § 21.

[2]) Pfandges. v. 15. September 1858 Art. 107.

[3]) Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 14. Juli 1879 § 8.

[4]) Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 16. Juli 1879 § 24.

[5]) Verordn. v. 14. April 1840 §§ 2—5; preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 43; Ges. über das Grundbuchwesen in der Provinz Schleswig-Halstein v. 27. Mai 1873 § 1; Ges., betr. die Zwangsaollstr. in das unbewegl. Vermägen, v. 4. März 1879 § 11.

[6]) Platner, Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf das frühere Kurfürstenthum Hessen § 47 S. 412; großherz. hess. Pfandges. v. 15. Sept. 1858 Art. 107; nassau. Pfandges. v. 15. Mai 1851 § 39 in Verbindung mit der Exekutions-O. v. 16. Juli 1851 § 59; frankf. Ges. v. 8. Juli 1817; Walff, der Hypatheken-(Insatz-) Prozeß in Frankfurt a. M., in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 2 S. 421.

[7]) Gesetz über das Grundbuchwesen ꝛc. in Neuvorpammern und Rügen v. 26. Mai 1873 § 43.

[8]) Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen, v. 13. Juli 1883 § 22.

[9]) Siehe für Sachsen das Ges., betr. die Zwangsaersteigerung und die Zwangsverwaltung unbewegl. Sachen, v. 15. August 1884, für Bayern das Ges., Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen betr., v. 29. Mai 1886.

[10]) Eine ausführliche Begründung des Deckungsprinzipes giebt v. Salpius, Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: Sall eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens dahin erstrebt werden, daß der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht übersteigt? in den Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 127 ff. Die IV. Abtheilung des Juristentages hat, wie der Beschluß Bd. 3 S. 332 ergiebt, mit v. Salpius diese Frage bejaht.

Im preußischen Landtage ist das Deckungsprinzip wiederhalt zur Erärterung gelangt. Man vergl. namentlich die Drucksachen des Abgeardnetenhauses aus der zweiten Sitzungsperiode des Jahres 1868 Nr. 71 S. 95—99 und der Sitzungsperiade des Jahres 1869 Nr. 212 S. 68 und Nr. 296, ferner die stenogr. Berichte über die Ver-

α. Die juristische Begründung nimmt ihren Ausgang von dem Wesen der begrenzten dinglichen Rechte und dem Zwecke der Zwangsversteigerung. Juristische Gründe.

Die Belastung eines Grundstückes mit einem dinglichen Rechte fällt unter den Begriff der Veräußerung (im weiteren Sinne). Der Eigenthümer kann daher nur unter Wahrung dieser Rechte über das Eigenthum verfügen; er kann insbesondere eine Hypothek oder eine Grundschuld nicht mit der Wirkung, daß der Gläubiger zum Nachtheile der ihm vorgehenden Rechte das Grundstück zur Veräußerung bringen dürfe, ins Leben rufen, weil er selbst eine so weit gehende Befugniß nicht hat. Die Veräußerung des Grundstückes auf Betreiben des Gläubigers ist folglich nur unbeschadet der älteren Rechte bezw. nur zu einem Preise statthaft, durch welchen die Ansprüche aus voreingetragenen Hypotheken und Grundschulden gedeckt werden.

Veräußerungsberechtigt ist an sich nur der Eigenthümer. Abstrakt gedacht, ist diese Berechtigung nicht übertragbar, weil sie in der Hand eines Dritten zur Vernichtung des Eigenthumsrechtes führen würde. Nur zur Erreichung eines bestimmten Zweckes kann dem Dritten die Veräußerungsbefugniß eingeräumt werden. Dieser Zweck ist bei der Zwangsversteigerung die Befriedigung des dieselbe betreibenden Gläubigers. Ergiebt sich, daß der Gläubiger durch die Versteigerung nicht befriedigt werden kann, weil ein auch nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte deckendes Gebot nicht abgegeben wird, so muß die Veräußerung unterbleiben, da ihr Zweck sich als unerreichbar erwiesen hat. Ein Gesetz, welches in einem solchen Falle den Zuschlag gestattet, verletzt die Gerechtigkeit sowohl gegen den Eigenthümer als auch gegen den nicht gedeckten voreingetragenen Gläubiger, weil der Zuschlag die Rechte beider zerstört, ohne einem berechtigten Interesse des betreibenden Gläubigers zu dienen.

β) Seine wirthschaftliche Rechtfertigung findet das Deckungsprinzip in dem günstigen Einflusse, welchen ihm seine Vertheidiger auf den Realkredit zuschreiben. Es übt diesen Einfluß dadurch, daß es die Interessen der betheiligten Personen, des Eigenthümers und der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger, schützt und fördert, oder doch wenigstens nicht verletzt. Wirthschaftliche Gründe.

Das Kreditbedürfniß des Eigenthümers darf, soweit überhaupt das Grundstück Sicherheit zu gewähren vermag, um so eher und leichter auf Befriedigung rechnen, je mehr die Regelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen den Anforderungen der Gläubiger Rechnung trägt. Insofern fallen die Interessen des Grundbesitzes mit denjenigen des Kapitales zusammen. Kommt es zur Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens, so muß dem Eigenthümer vor Allem daran gelegen sein, daß das Grundstück nicht für einen unangemessenen Preis zugeschlagen werde und daß namentlich diejenigen Gläubiger, welchen er persönlich haftet, keinen Ausfall erleiden. Diesen Erfolg

---

handlungen des Plenums im Januar 1870 S. 1790, 1795, 1799, 1800 und Werner, die preuß. Grundbuch- und Hypothekengesetze (1872) 2 S. 33, 60, 106, 135—138. Von besonderer Wichtigkeit ist die amtliche Begründung des preuß. Entw. eines Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen (1882) S. 4 ff., abgedruckt bei Stegemann, die Materialien zum Ges v. 13. Juli 1883 S. 39 ff.

aber verbürgt das Deckungsprinzip in ungleich höherem Maße, als wenn das Gesetz ohne Rücksicht auf die Höhe des Meistgebotes den Zuschlag ertheilen läßt.

Von den Gläubigern sind vornehmlich diejenigen zu berücksichtigen, welche dem betreibenden Gläubiger im Range *vorgehen*. Sie haben selbstredend das wesentlichste Interesse daran, daß das Grundstück nur für einen Preis veräußert wird, der ihnen vollständige Deckung gewährt. Gestattet das Gesetz die Veräußerung zu einem geringeren Preise, so sind sie genöthigt, mitzubieten und, wenn sie nicht überboten werden, das Grundstück zu erstehen, oder aber ihre Ansprüche ganz oder theilweise zu verlieren, — beides Aussichten, welche ganz darnach angethan sind, die Neigung zur Beleihung des Grundbesitzes abzuschwächen. In Preußen hat man in dieser Beziehung recht unerwünschte Erfahrungen gemacht. Im Geltungsgebiete der Subhast. O. v. 15. März 1869 sind in den zwei Jahren, welche dem Inkrafttreten derselben unmittelbar vorhergingen, 14 442 und in den folgenden 1½ Jahren 8834 Zwangsversteigerungen unter der Herrschaft des Grundsatzes, daß der Zuschlag ohne Rücksicht auf die Höhe des Preises zu ertheilen ist und alle Hypotheken durch ihn erlöschen, vollständig durchgeführt, dabei aber Gläubiger, welche dem Rechte des Extrahenten oder des Adhärenten des Verfahrens vorgingen, in 1528 und 928 Fällen Ersteher geworden und in 2177 und 1381 Fällen gänzlich oder mit einem Theile ihrer Forderung ausgefallen[1]). Aehnliche Ergebnisse sind auch für das Jahr 1881 festgestellt worden[2]). Die Ausfälle der vorstehenden Gläubiger haben weder dem betreibenden Gläubiger noch sonst Jemandem einen Vortheil gebracht, auf welchen ein gerechtfertigter Anspruch bestanden hätte, und daß jene in vielen Fällen auch vom Mitbieten sich fern gehalten haben würden, wenn ihre Deckung gesichert gewesen wäre, wird nicht bezweifelt werden dürfen.

Der *betreibende* Gläubiger wird durch das Deckungsprinzip nicht benachtheiligt. Das Verfahren muß allerdings eingestellt werden, wenn ein die ihm vorgehenden Gläubiger deckendes Gebot nicht erzielt wird. Allein er behält sein dingliches Recht, falls sein Anspruch aus einem solchen hervorgeht, während bei Fortsetzung des Verfahrens alle durch das Meistgebot nicht gedeckten Hypotheken und Grundschulden durch den Zuschlag vernichtet werden. Aus diesem Grunde gereicht auch den ihm *gleich-* oder *nachstehenden* Gläubigern das Deckungsprinzip zum Vortheile.

c) Die Gründe gegen das Deckungsprinzip.

c) Die Gründe, welche *gegen* dasselbe geltend gemacht zu werden pflegen, liegen theils in der geschichtlichen Entwickelung des Zwangsversteigerungsrechtes, theils in dem Verfahren, theils in Rücksichten auf die Nachhypothek, theils in einer wirthschaftlichen Erwägung allgemeinerer Natur.

---

[1]) Aus der im Jahre 1871 dem preuß. Landtage bei der Berathung des Entwurfes eines Gesetzes über den Eigenthumserwerb vorgelegten Denkschrift über die Frage, ob sämmtliche Hypotheken von der Subhastation ergriffen und in derselben zahlbar werden sollen.

[2]) Begr. des preuß. Entw. eines Gesetzes über die Zwangsvollstr. ꝛc. (1882) S. 6, *Stegemann*, Mat. S. 41.

α. Die geschichtliche Entwickelung nahm allerdings nach dem Eindringen des röm. Rechtes in Deutschland die Richtung, daß der Pfandverkauf der Grundstücke von dem Richter mit der Wirkung vorgenommen wurde, daß die auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken durch den Zuschlag erloschen und die Gläubiger nur an den Erlös sich halten konnten. Es war dies nothwendig, wenn anders bei dem fehlerhaften Konkurs- und Hypothekenrechte der Ersteher gegen Eviktionsansprüche gesichert werden sollte. Dieser Grund aber ist als erledigt anzusehen, wenn bei der Regelung des Zwangsversteigerungsverfahrens eine solche Gestaltung des Konkurs- und Hypothekenrechtes vorausgesetzt werden darf, daß die Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Konkurs befreit sind und ein Grundbuch besteht, aus welchem die Hypotheken- und sonstigen Rechte an einem Grundstücke mit voller Sicherheit erkannt werden können[1]). Für die Reichsgesetzgebung ist die erste Voraussetzung nach der Konk. O. § 39 vorhanden, und die zweite wird sich, soweit sie in einigen Gebieten noch vermißt wird, unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches erfüllen. Die geschichtliche Entwickelung des Zwangsversteigerungsrechtes kann somit gegen das Deckungsprinzip nicht geltend gemacht werden, ganz abgesehen davon, daß in großen Gebieten des Reiches die Landesgesetzgebung zur Annahme dieses Prinzipes geschritten ist. Geschichtliche Entwickelung.

β. Das Verfahren verläuft am einfachsten, wenn es durchgeführt wird ohne Rücksicht darauf, welcher Preis für das Grundstück erzielt wird. Allein wenn die Gerechtigkeit es verlangt und die Rücksicht auf den Realkredit es wünschenswerth macht, daß der Zuschlag nur für ein Gebot ertheilt werde, welches zur Deckung der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Gläubiger ausreicht, so müssen die Schwierigkeiten, welchen die Gestaltung des Verfahrens auf dieser Grundlage begegnet, mit in den Kauf genommen werden. Daß sie nicht unüberwindlich sind, zeigen die in Kraft befindlichen Landesgesetze, welche auf dem Deckungsprinzipe beruhen, namentlich das preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883, die bayr. Novelle zur Subhast. O. v. 29. Mai 1886 und das sächs. Ges., betr. die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen, vom 15. August 1884. Gestaltung des Verfahrens.

γ. Das Deckungsprinzip soll die Aufnahme bezw. die Unterbringung von Nachhypotheken erschweren, weil es die rechtliche Stellung des Nachhypothekars abzuschwächen geeignet ist. Die Abschwächung wird namentlich darin gefunden, daß der Gläubiger, wenn das von ihm betriebene Verfahren eingestellt wird, die nicht unerheblichen Kosten zu tragen hat und obenein die Gelegenheit verliert, durch eine billige Erwerbung des Grundstückes sich wegen der Nichtbeitreibbarkeit seines Anspruches schadlos zu halten. Allerdings werden die Kosten des Verfahrens nach den meisten Gesetzen, welche das Deckungsprinzip nicht anerkennen, auch dann, wenn das Meistgebot die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Hypotheken und Grund- Nachhypotheken.

---

[1]) Näheres über die geschichtliche Entwickelung des Zwangsversteigerungsrechtes bei v. Salpius a. a. O. S. 120 ff.

schulden nicht deckt, aus dem Betrage des Meistgebotes entnommen[1]). Den vorstehenden Gläubigern wird also der ohnehin schon unzulängliche Erlös noch in Höhe der Kosten gekürzt. Hierdurch aber wird die ungerechte Behandlung dieser Gläubiger, welcher das Deckungsprinzip entgegentritt, erheblich verschärft, die Nachhypothek mithin zum Nachtheile der Vorhypothek begünstigt. Was dagegen die für den Nachhypothekar bestehende Möglichkeit einer billigen Erwerbung des Grundstückes betrifft, so enthält die Verweisung auf sie die Anerkennung eines Motives, welches der Gesetzgeber sich nicht aneignen kann. Die Zwangsversteigerung hat den Zweck, dem Gläubiger auf dem ordentlichen Wege des Rechtes zu dem Seinigen zu verhelfen, nicht aber eine Handhabe zur Erlangung von Nebenvortheilen zum Schaden der besser berechtigten Gläubiger und des Eigenthümers zu bieten und dadurch die Ausbeutung des wirthschaftlich schwächeren Theiles durch den wirthschaftlich stärkeren zu fördern.

Unzulängliche Gebote.

δ. Die Einstellung des Verfahrens in Folge unzulänglicher Gebote soll eine wirthschaftliche Unzuträglichkeit sein. Es wird behauptet, Grundstücke, welche zur Zwangsversteigerung kommen, seien der Regel nach in den Händen nicht mehr leistungsfähiger Besitzer und der Gefahr der Verschlechterung ausgesetzt; sie müßten daher, wenn das Versteigerungsverfahren ohne Ergebniß verlaufe, unter gerichtliche Verwaltung gestellt werden, bis es einem besser berechtigten Gläubiger beliebe und gelinge, die Zwangsversteigerung von Neuem zu betreiben und durchzuführen. Hierdurch aber entständen Verzögerungen und erhebliche Kosten, um welche sich wiederum der Gegenstand der Befriedigung für die Gläubiger verringere.

Allein ein betheiligter Gläubiger wird sich schwerlich überzeugen lassen, daß diese Unzuträglichkeit schlimmer sei, als der unwiederbringliche Verlust seines dinglichen Rechtes durch die Ertheilung des Zuschlages für ein ihn nicht deckendes Gebot. Gegen Verschlechterungen des Grundstückes aber gewährt das Hypothekenrecht den erforderlichen Schutz. Und wenn dieser Schutz in nachhaltiger Weise auch nur durch eine Zwangsverwaltung erfolgen kann, eine solche aber bei längerer Dauer der Erhaltung des Grundstückes in dessen wirthschaftlichem Bestande häufig nicht förderlich sein mag, so darf hierin doch ein Uebelstand von allgemeiner Bedeutung um so weniger gesehen werden, als mit Sicherheit darauf zu rechnen ist, daß alsbald ein Gläubiger sich finden wird, der durch seine Stellung in der Rangordnung im Stande und durch sein eigenes Interesse genöthigt ist, die Zwangsversteigerung mit Erfolg zu betreiben und dadurch das Grundstück in leistungsfähige Hände zu bringen.

Standpunkt des Entwurfes.

In dem Entwurfe ist der Begriff des dinglichen Rechtes so aufgefaßt, daß unter mehreren Rechten, welche zu ihrer Entstehung der Eintragung in das Grundbuch bedürfen, das früher eingetragene dem später eingetragenen vorgeht[2]). Die Konsequenz dieses Satzes ist die, daß das letztere zum Nachtheile

[1]) Siehe die preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1855 § 46 und Subh. O. v. 15. März 1869 § 58; das bad. Einf. Ges. §§ 14, 56, 86, 89, 90; das hess. Ausf. Ges. § 116 Nr. 1; ferner die Gesetze betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., für Mecklenburg §§ 6, 64, Weimar §§ 59, 62, Oldenburg Art. 40, 63, Braunschweig §§ 78, 85, Meiningen, Anhalt ꝛc.

[2]) Vergl. § 840.

des ersteren nicht ausgeübt werden kann. Hieraus aber ergiebt sich für die Zwangsversteigerung das Prinzip, daß das Grundstück nur für ein solches Gebot zugeschlagen werden darf, durch welches die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers im Range vorgehenden Hypotheken und Grundschulden gedeckt erscheinen. Die Reichsgesetzgebung ist, wenn die für und wider dieses Prinzip geltend gemachten Gründe gegen einander abgewogen werden, nicht in der Lage, sich ablehnend gegen dasselbe zu verhalten. Ins Gewicht fällt insbesondere, daß das Prinzip in Preußen, Bayern und Sachsen neuerdings zur gesetzlichen Anerkennung gelangt und in anderen Staaten, namentlich in Württemberg, seit langer Zeit in Geltung ist. Die Frage aber, ob das Deckungsprinzip eine Stelle in dem bürgerlichen Gesetzbuche finden soll, ist zu verneinen, da ein besonderer Grund, der entgegen dem oben S. 141 ff. dargelegten Standpunkte ihre Bejahung erheischte, nicht vorliegt. Das Prinzip muß in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ausgesprochen werden[1]), da es die Art und Weise des Versteigerungsverfahrens wesentlich bedingt. Auch steht es in einem gewissen Zusammenhange mit dem anderen, in dem preuß., dem bayr. und dem sächs. Gesetze befolgten Grundsatze, daß die vorstehenden Hypotheken ꝛc. in Anrechnung auf das Meistgebot von dem Ersteher zu übernehmen sind. Dieser Grundsatz aber eignet sich nicht zur Aufnahme in das Gesetzbuch, da zu seiner zweckmäßigen Durchführung eine Reihe besonderer Prozedurvorschriften erforderlich ist. Auch muß die Entscheidung darüber, ob er überhaupt anzunehmen ist, der Berathung des Vollstreckungsgesetzes vorbehalten bleiben, um den überaus zweifelhaften Fragen, welche dabei zu lösen sind, nicht vorzugreifen.

2. Das Prinzip, daß die Zwangsversteigerung nur unbeschadet der dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte erfolgen darf, kann sich, da es aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes sich ergiebt, nicht auf die Hypothek und die Grundschuld beschränken, sondern muß auch für die übrigen begrenzten Rechte an einem Grundstücke anerkannt werden. Die Landesgesetze schreiben denn auch vor oder setzen als selbstverständlich voraus, daß diese Rechte von der Zwangsversteigerung unberührt bleiben[2]). Das preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 hat unter § 22 eine solche Vorschrift nur zu Gunsten derjenigen Lasten, welche zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfen. Dagegen läßt es die der Eintragung bedürfenden Rechte durch den Verkauf erlöschen, soweit dieselben nicht von dem Ersteher übernommen werden.

2. Ausdehnung des Deckungsprinzipes.

---

[1]) Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschn. des Entwurfes.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 342 und Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 47; sächs. G. B. §§ 519 und 528; Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen, für Bayern Art. 55 Nr. 2, Braunschweig § 71, Mecklenburg, Hamburg, Anhalt, Weimar; Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. für das Herzogth. Oldenburg und das Fürstenth. Lübeck, Coburg-Gotha § 47; Ges., die Grund- und Hypoth. B. ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Oktober 1852 §§ 107—110, Sondershausen v. 20. Juli 1857, Reuß j. L. v. 20. November 1858 und ä. L. v. 27. Februar 1873. Vergl. auch die Anm. 2 S. 143.

Der Ersteher hat aber nach § 57 die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen. Die Besonderheit des preuß. Ges. beschränkt sich mithin darauf, daß der Geldwerth der betreffenden Rechte festgestellt und auf das Meistgebot angerechnet wird. Hierdurch ist allerdings die Möglichkeit gegeben für den Fall, daß bei der Belegung des Meistgebotes ein solches Recht in Wegfall kommt, einen anderen Anspruch, der sonst nicht zur Hebung gelangen würde, zur Uebernahme zu bestimmen[1]), während diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz von der Anrechnung jener Rechte auf das Meistgebot absieht. Aber dem Vortheile, welcher hieraus für die nachstehenden Berechtigten erwächst, tritt die Belästigung gegenüber, welche für die vorstehenden mit dem Nachweise des Werthes ihres Rechtes verbunden und mit dem Begriffe der dinglichen Rechte kaum vereinbar ist. Auch würde das Verfahren erheblich erschwert und verwickelt werden, wenn alle nicht auf Kapital lautenden begrenzten Rechte angemeldet und auf ihren Geldwerth zurückgeführt werden müßten. Für den Entwurf liegt das Verhältniß insofern anders als für die preuß. Gesetzgebung, als nach dieser wichtige Rechte, deren Begründung jener von der Eintragung abhängig macht, ohne Eintragung gegen Dritte wirksam sind. Zur Ermöglichung einer einfachen Gestaltung des Verfahrens erscheint es dringend geboten, daß die begrenzten Rechte, mit Ausnahme der Hypotheken und Grundschulden, von dem Zuschlage unberührt bleiben. Der Entwurf setzt voraus, daß dieser Grundsatz in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zur Anerkennung und Durchführung gelangen werde[2]).

3. Erlöschen der Rechten.

3. Das Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers an dem Grundstücke sowie die ihm gleich- oder nachstehenden Rechte an demselben erlöschen nach den Landesgesetzen in der Regel durch den Zuschlag. Dieses Prinzip läßt sich nur rechtfertigen, wenn die Regelung des Verfahrens Vorsorge trifft, daß die Betheiligten zu demselben zugezogen, auch ein öffentlicher Aufruf erlassen, die Mitwirkung der Betheiligten bei der Feststellung der Versteigerungsbedingungen gesichert, der Zuschlagsbescheid zugestellt und die Rechtsmittel gegen denselben sachgemäß geordnet werden. Wegen dieses engen Zusammenhanges jenes Prinzipes mit den erforderlichen Prozeßvorschriften empfiehlt es sich, dasselbe hier nicht weiter in Betracht zu ziehen, sondern dem in Aussicht genommenen Vollstreckungsgesetze die Entscheidung darüber vorzubehalten, inwiefern durch die Zwangsversteigerung eines Grundstückes die an demselben bestehenden Rechte, mit Ausnahme der unter Nr. 2 bezeichneten, erlöschen und für solche erlöschende Rechte der Erlös an die Stelle des veräußerten Grundstückes tritt[3]).

4. Veräußerungsverbot.

4. Wenn das Grundstück unter einem Veräußerungsverbote steht, welches zum Schutze des Interesse einer bestimmten Person erlassen ist, so erhebt sich die Frage, ob die Zwangsversteigerung überhaupt stattfinden darf. In Betracht kommt indessen nur ein solches Verbot, welches zum Schutze

---

[1]) Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 58.

[2]) Anm. 1 zur Ueberschrift des dritten Abschn. des Entwurfes Ziff. 1.

[3]) S. dieselbe Anm. unter a.

eines persönlichen Rechtes dient. Denn das zum Schutze einer Berechtigung mit dinglichem Karakter ergehende Veräußerungsverbot kann nur den Zweck haben, den Berechtigten gegen die Berufung eines Dritten auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches dadurch zu sichern, daß es durch das Buch oder auf andere Weise veröffentlicht wird; der durch das Verbot Gebundene ist, soweit die Berechtigung reicht, schon durch diese in seiner Veräußerungsmacht beschränkt, die ihm entgegenstehende Berechtigung steht daher auch dem Zugriffe der Gläubiger entgegen und begründet eintretenden Falles die Intervention des Berechtigten.

Was dagegen das zum Schutze eines persönlichen Rechtes erlassene Veräußerungsverbot betrifft, so kommt es darauf an, ob das Recht des Gläubigers, welcher die Zwangsversteigerung beantragt bezw. betreibt, dem Verbote im Range vorgeht oder nicht; in jenem Falle steht das Verbot der Zwangsversteigerung nicht entgegen, in diesem ist dieselbe unzulässig. Dies braucht aber hier nicht ausgesprochen zu werden, weil es bereits aus dem § 107 Abs. 4 mit Nothwendigkeit sich ergiebt. In dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wird hierauf an geeigneter Stelle hinzuweisen sein.

5. Haftung des Grundstückes für Zinsen ꝛc.

5. Nach dem Entwurfe haftet ein Grundstück, welches mit einer Hypothek oder einer Grundschuld belastet ist, dem Gläubiger auch für die Zinsen des Kapitales, sofern die Verzinslichkeit desselben eingetragen ist oder die Zinsen als gesetzliche zu entrichten sind[1]). Dies könnte aber, da das Grundbuch über die Rückstände keine Auskunft giebt, zu großen Unbilligkeiten gegen andere Betheiligte führen, wenn nicht das dingliche Recht in Ansehung der Zinsen durch positive Vorschriften zeitlich beschränkt würde. Eine Beschränkung liegt bereits darin, daß nach § 157 die Ansprüche auf Rückstände von rechtsgeschäftlich bestimmten Zinsen mit Ablauf von vier Jahren verjähren. Hierdurch wird aber nur, wenn der Eigenthümer das Grundstück veräußert, der Rücksicht auf den Erwerber desselben genügt. Zu Gunsten der nachstehenden Gläubiger bedarf es einer weiteren Abschwächung des dinglichen Rechtes der vorstehenden, wenn dem Eigenthümer die Aufnahme einer Nachhypothek überhaupt möglich bleiben oder wenigstens nicht über Gebühr erschwert werden soll. Die Landesgesetze, welche die Zwangsversteigerung regeln, haben deshalb fast sämmtlich Bestimmungen, nach welchen der Zeitraum, für welchen Rückstände rechtsgeschäftlicher Zinsen an der Stelle des Kapitales aus dem Versteigerungserlöse berichtigt werden, kürzer ist als die Verjährungsfrist. Der Zeitraum beträgt drei Jahre in Altenburg, Sondershausen, beiden Reuß und dem vormaligen Herzogthum Nassau[2]), zwei Jahre in dem größten Theile Preußens, in Sachsen, Württemberg, Baden, Mecklenburg, Weimar, Oldenburg,

---

[1]) §§ 1062, 1064—1066, 1071, 1075, 1078, 1108, 1125, 1136.

[2]) Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Oktober 1852 §§ 69 ff., Sondershausen v. 20. Juli 1857, Reuß j. L. v. 20. November 1858, Reuß ält. L. v. 27. Februar 1873; ferner Ges. für Reuß j. L., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 19. September 1879 § 48, Ges. für Reuß ält. L., Bestimmungen zur Ausf. der R. C. P. O. betr., v. 3. Mai 1879 § 50, Pfandges. für Nassau v. 15. Mai 1851 § 30.

Braunschweig, Anhalt, Meiningen, Hamburg und Rudolstadt[1]), ein Jahr in Bayern, Bremen und Lübeck[2]). Den älteren Rückständen wird dann in einigen Gesetzen die Stelle nach den übrigen aus dem Versteigerungserlöse zu befriedigenden Ansprüchen angewiesen[3]), in anderen der Karakter der Dinglichkeit abgesprochen[4]). Der Standpunkt des Entwurfes ist folgender:

Die Rücksicht auf den Realkredit erheischt, daß bei der Vertheilung des Versteigerungserlöses an derjenigen Stelle, an welcher das Kapital der Hypothek oder der Grundschuld anzusetzen ist, Rückstände von rechtsgeschäftlich bestimmten Zinsen nur für einen erheblich kürzeren Zeitraum als die Verjährungsfrist berücksichtigt werden. Dieser Zeitraum ist im Anschlusse an das in dem größten Theile des Reiches geltende Recht auf zwei Jahre zu bemessen. In Ansehung der gesetzlichen Zinsen ist das praktische Bedürfniß einer entsprechenden Vorschrift weniger dringend. Indessen empfiehlt es sich vielleicht doch, schon zur Vereinfachung der gesetzlichen Regelung, nach dem Vorgange des preußischen Vollstreckungsges. v. 13. Juli 1883 § 36 Abs. 3 die gesetzlichen Zinsen hier ebenso zu behandeln wie die rechtsgeschäftlichen. Dagegen würde es zu weit gehen, wenn man den älteren als zweijährigen Rückständen die Berichtigung aus dem Versteigerungserlöse überhaupt versagen wollte. Für die nachstehenden Gläubiger wäre ein solcher Bruch in das dingliche Recht der vorstehenden ohne alles Interesse. Durch Rücksichten auf den Grundstücksverkehr aber läßt er sich gleichfalls nicht rechtfertigen, da der Gesetzgeber davon ausgehen muß, daß ein verständiger Mann ein mit Hypotheken oder Grundschulden belastetes Grundstück nicht erwerben wird, ohne vorher sich zu vergewissern, ob und welche Zinsen rückständig sind. Auch würde zur Vermeidung allzu großer Härten gegen die Gläubiger die Verneinung des dinglichen Rechtes für die älteren Zinsenrückstände nicht ohne Zulassung von Ausnahmen, insbesondere für die Fälle der Rechtsverfolgung gegen den Eigenthümer, ausgesprochen werden können, hierdurch aber das Gesetz an Einfachheit erheblich verlieren.

Rechtfertigt sich somit die Bestimmung, daß die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger aus dem Versteigerungserlöse nur wegen eines zweijährigen Zinsenrückstandes an der Stelle des Kapitales Befriedigung verlangen können,

---

[1]) Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 13. Juli 1883 § 35; franz. G. B. Art. 2148, 2151; sächs. Ges., betr. die Zwangsversteigerung ꝛc., v. 15. August 1884 § 4; württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 54; bad. Einführungsges. v. 3. März 1879 § 28; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 34 S. 270; weimar. Ges. über die Vorzugsrechte der Gläubiger v. 7. Mai 1839 §§ 61 ff.; rudolst. Hypoth. Ges. v. 6. Juni 1856 § 28; ferner die Gesetze, betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen, für Oldenburg v. 2. April 1879 Art. 65, Braunschweig v. 10. Juli 1879 § 80, Meiningen v. 21. Juni 1879 § 26, Hamburg v. 14. Juli 1879 § 12; anhalt. Subhastationsges. v. 10. Mai 1879 § 35.

[2]) Bayr. Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 22, 23; Ges. für Bremen v. 25. Juni 1879 § 29 und Lübeck v. 16. Juli 1879 § 28.

[3]) Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., für Preußen § 37, Sachsen, Weimar, Braunschweig, Hamburg ꝛc.

[4]) Franz. G. B. Art. 2148 und 2151; Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc, für Bayern Art. 108, 109, Württemberg Art. 22, Meiningen § 26, Lübeck § 28.

wegen der älteren Rückstände dagegen den übrigen Berechtigten nachstehen müssen, so besteht doch kein Bedürfniß für ihre Aufnahme in das Gesetzbuch. An sich gehören derartige Vorschriften zur Regelung des Vertheilungsverfahrens. Dieses Verfahren aber kann ebenso wie das Versteigerungsverfahren, welchem es sich anschließt, nur in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke sachgemäß geordnet werden. Der Entwurf geht deshalb davon aus, daß jene Bestimmung ihre Stelle in diesem Gesetze finden werde, die Entscheidung darüber aber, ob eine gleiche Vorschrift für die gesetzlichen Zinsen sich empfehle, demselben vorbehalten bleiben müsse [1]).

6. Vorzugsrechte.

6. In den meisten Landesgesetzen, welche die Zwangsversteigerung regeln, sind Vorschriften über die vorzugsweise Befriedigung von Rückständen gewisser auf dem Grundstücke ruhender Lasten gegeben. Es handelt sich dabei meist um Ansprüche, welche aus publizistischen Verhältnissen hervorgehen, nach einigen Gesetzen auch um die Befriedigung rückständigen Gesindelohnes und dergl. In dem Systeme des Entwurfes ist für die Regelung dieser Verhältnisse kein Raum. Die erforderlichen Bestimmungen sind daher ebenfalls dem Vollstreckungsgesetze vorbehalten [2]).

1. Feststellung der in das Grundbuch eingetragenen Rechte.

a) Vermuthung für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes.

§ 826.

Bedeutung der Eintragung für den Beweis.

Ein Hauptzweck der Grundbucheinrichtung ist die Feststellung der an den Grundstücken bestehenden Rechte. Die Eintragung eines solchen Rechtes kann freilich, wenn das Gesetz dem Inhalte des Buches formale Rechtskraft nicht beilegt [3]), das Recht nicht unanfechtbar feststellen. Aber sie muß doch, um jenem Zwecke zu entsprechen, die Bedeutung haben, daß derjenige, welcher auf ihren Inhalt sich beruft, eines Beweises der Richtigkeit desselben überhoben ist. Durch die Aufstellung einer bezüglichen Vermuthung wird die dingliche Rechtsverfolgung wesentlich vereinfacht, namentlich die Vindikation des Eigenthümers und die Geltendmachung der Hypothek und der Grundschuld erheblich erleichtert, hierdurch aber das Grundeigenthum gefestigt, der Realkredit gehoben. In dem preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 7, 37 ist eine solche Vermuthung zu Gunsten des eingetragenen Eigenthümers [4]) sowie der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger erkennbar enthalten, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen. Das sächs. G. B. bedurfte bei dem ihm zu Grunde liegenden Prinzipe der formalen Rechtskraft keiner Vorschrift zur Erleichterung des Eigenthumsbeweises. Es zieht aber doch aus diesem Prinzipe in § 302 die Folgerung: „Ist das Eigenthum an einem

Geltendes Recht

---

[1]) Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschn. des Entw. unter Ziffer 2.
[2]) Ebenda unter b.
[3]) Oben S. 140.
[4]) Koch, Allg. Landrecht, Zus. zu I, 10 Note 15, Bd. 1 (8. Aufl.) S. 674.

Grundstücke darzuthun, so genügt der Beweis, daß der Kläger als Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragen ist". Dagegen enthält es für das Pfandrecht an Grundstücken unter § 429 die Regel, daß der klagende Pfandgläubiger die Forderung zu beweisen habe, macht jedoch hiervon die Ausnahme, daß, wenn die Klage von einem Zessionar erhoben werde, dieser die Forderung insoweit, als dieselbe aus der Eintragung erhelle, nicht zu beweisen brauche. Nach dem bayr. Hypothek. Ges. und dem württemb. Pfandges. hat derjenige, auf dessen Namen die Hypothek umgeschrieben ist, gleichfalls den Uebergang des Gläubigerrechtes auf ihn nicht weiter darzuthun; doch ist in beiden Gesetzen die Beweisfrage von der Stellung, welche durch die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches verschafft wird, nicht unterschieden[1]). Der bayr. Entw. hat in seinem dritten Theile unter Art. 74 den Satz: „Alle rechtsförmlichen Einschreibungen im Grundbuche haben die Vermuthung ihrer rechtlichen Begründung und Wirksamkeit für sich". Eine ähnliche Bestimmung findet sich in dem hess. Gesetze, die Erwerbung des Grundeigenthumes ꝛc. in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend, v. 21. Februar 1852 Art. 26. Der vorliegende Entwurf stellt in dem § 826 ebenfalls eine allgemeine Vermuthung für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes auf, jedoch, zur Wahrung des materiellrechtlichen Karakters der Vorschrift, nur in Beziehung auf die Erwerbung und die Aufhebung der eingetragenen Rechte.

Vermuthung für den Rechtserwerb.

1. Die Vermuthung dafür, daß derjenige, für welchen ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte in das Grundbuch eingetragen ist, das Recht erworben habe, ist freilich von besonders praktischer Bedeutung nur für das Eigenthum, die Hypothek und die Grundschuld. Sie rechtfertigt sich aber nicht blos für diese, sondern für alle dinglichen Rechte, weil die Erwägung, auf welcher sie beruht, nicht in der besonderen Beschaffenheit des einen und des anderen Rechtes, sondern in dem Verfahren der Grundbuchämter sich gründet. Dieses Verfahren ist so gedacht, daß der Grundbuchbeamte eine Eintragung nur dann vornehmen darf, wenn er sich mittels der ihm obliegenden Sachprüfung überzeugt hat, daß die Voraussetzungen vorliegen, von welchen das Gesetz in dem gegebenen Falle die Eintragung abhängig macht[2]). Die Voraussetzungen der Eintragungen aber werden in dem bürgerlichen Gesetzbuche bezw. in der Grundbuchordnung so geregelt werden, daß eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür gewonnen werden wird, daß das Grundbuch Niemanden als Berechtigten ausweist, der nicht das Recht, sei es durch die Eintragung oder schon vor derselben, erworben hat. Dies genügt zur Rechtfertigung der aufgestellten Vermuthung um so mehr, als in denjenigen Fällen, in welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches sich bethätigt, die Richtigkeit des Buchinhaltes überhaupt nicht Frage gestellt werden kann[3]).

---

[1]) Bayr. Hypothek. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 22, 26, 53, 151, 155, 156; württemb. Pfand. G. v. 15. April 1825 Art. 72, 84, 85.

[2]) Vergl. hierzu die §§ 193 und 194.

[3]) §§ 837—839.

2. Die Vermuthung für die Aufhebung eines Rechtes, dessen Erlöschen in das Grundbuch eingetragen ist, ergiebt sich aus denselben Erwägungen wie die Vermuthung für die Erwerbung. Der Entwurf bezeichnet im Anschlusse an die Mehrzahl der Landesgesetze[1]) diese Kategorie von Eintragungen als Löschung, und zwar sowohl dann, wenn die Eintragung der Aufhebung ein Erforderniß derselben ist[2]), als auch dann, wenn sie nur den Zweck hat, das vorher eingetragene Erlöschen eines eingetragenen Rechtes durch das Grundbuch zu beurkunden[3]). In einem dritten Sinne bedeutet das Wort die Beseitigung der unrichtiger Weise erfolgten Eintragung eines nicht bestehenden Rechtes[4]). Formale Rechtskraft wird in dem Entwurfe der Löschung ebensowenig beigelegt wie den Eintragungen positiven Inhaltes. Vermuthung für die Aufhebung eines Rechtes.

Die Bedeutung des § 826 in Streitfällen ist die, daß die durch das Grundbuch festgestellte Erwerbung oder Aufhebung eines eingetragenen Rechtes für und gegen denjenigen, welcher von einer solchen Feststellung betroffen wird, als bewiesen gilt, sofern nicht dieser Beweis in den zulässigen Fällen durch Gegenbeweis entkräftet wird. Eine sachliche Abweichung von dem § 198 wird hierin nicht zu finden sein. Zwar werden nach § 198 nur Thatsachen vermuthet, während die Vermuthung des § 826 auf die Rechtsänderung sich erstreckt, welche durch die Thatsachen bewirkt wird. Im Grunde aber sind es doch auch in den Fällen des § 826 die zu der Erwerbung oder der Aufhebung des Rechtes erforderlichen Thatsachen, welche den eigentlichen Gegenstand der Vermuthung bilden. Die Vorschrift hat nur um deswillen eine über diesen Gedanken hinausgehende Fassung erhalten, weil sie auch diejenigen Fälle treffen mußte, in welchen die Rechtsänderung nicht auf den Nachweis der sie bewirkenden Thatsachen, sondern lediglich auf die Bewilligung des passiv Betheiligten in das Grundbuch eingetragen wird[5]).

Darüber, daß die durch die Eintragung begründete Vermuthung im Falle der Kollision mit der an den Besitz geknüpften Vermuthung stärker ist als diese, vergl. oben zu § 825.

b) Bedeutung der Eintragung eines als Mehreren gemeinschaftlich und ungetheilt zustehend eingetragenen Rechtes.

§ 827.

1. Wenn das Eigenthum oder ein anderes Recht an einem Grundstücke mehreren Personen ungetheilt zusteht, so kann es sich fragen, ob das gemeinschaftliche Recht unter die Theilhaber ideell nach Quoten getheilt ist oder nicht. 1. Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

---

[1]) Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Hessen, Weimar, Oldenburg, Braunschweig ꝛc. Die Immobiliengesetze für Hamburg, Lübeck, Mecklenburg und Lauenburg sprechen von „Tilgung", die badischen Gesetze von „Streichung".

[2]) §§ 960, 965, 979, 1015, 1048, 1061, 1091, 1108, 1125, 1136.

[3]) §§ 836, 843, 844, 871 Abs. 4, § 1103 Abs. 3. Vergl. §§ 1014, 1078, 1092.

[4]) § 843.

[5]) Vergl. die Anm. zu § 828 des Entw. unter h.

Nach dem Entwurfe[1]) ist die Gemeinschaft mit rechnungsmäßig bestimmten Antheilen (Bruchtheilen, Quoten) die Regel, die Gemeinschaft ohne solche die Ausnahme. In dem Regelfalle kann jeder Theilhaber über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Rechte unabhängig von den übrigen Theilhabern verfügen; in dem Ausnahmefalle findet nur eine Verfügung aller Theilhaber über das ungetheilte Recht statt. Bei der hohen Bedeutung des Grundbuches für die Befugniß zur Verfügung über die eingetragenen Rechte darf, wenn anders Täuschungen vermieden werden sollen, kein Zweifel darüber bestehen, ob im einzelnen Falle in Ansehung eines für Mehrere eingetragenen Rechtes eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen ist oder nicht. Da eine Gemeinschaft ohne Bruchtheile nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen begründet werden kann, so müssen, wenn ihre Eintragung in das Grundbuch beantragt ist, von der Buchbehörde die Voraussetzungen dieser Kategorie festgestellt und das dieselbe bedingende Rechtsverhältniß in dem Eintragungsvermerke zum Ausdrucke gebracht werden. Die erforderliche Vorschrift gehört indessen, da sie zur Regelung des Verfahrens dient, in die Grundbuchordnung[2]). Für das materielle Recht dagegen folgt aus dem Verhältnisse der Ausnahme zur Regel, daß, wenn nicht die Eintragung ein Anderes ergiebt, Gemeinschaft nach Bruchtheilen als eingetragen anzusehen ist. Dies setzt der § 827 in erster Linie fest.

Gemeinschaft ohne Bruchtheile.

2. Eintragung der Bruchtheile.

2. Bei der Gemeinschaft nach Bruchtheilen erhebt sich für das Grundbuch die Frage, ob die Eintragung des gemeinschaftlichen Rechtes ohne Bezeichnung der Quoten zugelassen werden soll oder nicht.

a) Unstatthaftigkeit der Unterdrückung derselben.

a) Wie das geltende Recht zu dieser Frage sich stellt, ist schwer zu bestimmen. Nach preuß. und nach hamburg. Grundbuchrechte kann das Eigenthum an einem Grundstücke mehreren Personen gemeinschaftlich ohne Nachweisung von Antheilen im Grundbuche zugeschrieben werden. Die Belastung eines solchen Antheiles ist in Hamburg ausgeschlossen[3]), während sie in Preußen, wenn auch nicht ohne Widerspruch verschiedener Schriftsteller, mit der Maßgabe gestattet wird, daß sie wegfällt, wenn der Eigenthümer des Antheiles bei der Theilung des Grundstückes weder das Ganze noch einen Theil desselben erhält[4]). Doch ist hierbei wohl ein gemeinschaftliches Eigenthum ohne Bruchtheile vorausgesetzt.

Bei einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen stehen die letzteren stets objektiv fest. Wenn daher die Theilhaber das gemeinschaftliche Recht ohne Bezeichnung der Quoten in das Grundbuch eintragen lassen dürften, auch nicht das Gesetz diesen Mangel ergänzte, so wäre damit der Privatautonomie freigegeben, eine Kategorie der Gemeinschaft zu schaffen, bei welcher nur das Recht der Gesammtheit

---

[1]) §§ 762, 986 Abs. 2.

[2]) Anm. zu § 827.

[3]) Bericht des von der hamburg. Bürgerschaft am 9. November 1864 niedergesetzten Ausschusses, betr. den Entw. eines Hypoth. Ges. (1866) S. 26.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 68; Plen Beschl. des vorm. O. Trib. v. 16. März 1857, Just. Min. Bl. S. 162, Entsch. 35 S. 352; vergl. auch das Ges. v. 5. Mai 1872 § 21 und dazu die Anm. in Koch's Allg. Landrecht 2 (8. Aufl.) S. 825.

feststände, das Antheilsverhältniß aber eine innere, durch die persönlichen Rechtsverhältnisse unter den Betheiligten bestimmte Angelegenheit bliebe und durch formloſen Vertrag geändert werden könnte. Bei der Regelung der Gesellschaft hat der Entwurf, von dem Falle des § 659 abgesehen, der Privatwillkür eine solche Freiheit nicht gelassen. Der Gesellschafter ist nicht auf den durch die inneren (obligatorischen) Beziehungen der Genossen zu einander bestimmten Antheil am Gesellschaftsvermögen beschränkt, sondern es ist ihm ein Antheil an den einzelnen Gegenständen dieses Vermögens zugesprochen[1]).

Würde dagegen das Quotenverhältniß den inneren Beziehungen der Betheiligten und den formlosen Vereinbarungen derselben überlassen, so würden für Dritte nicht zu unterschätzende Gefahren sich ergeben. Die Gläubiger eines Theilhabers fänden keinen bestimmten Antheil als Gegenstand der Zwangsvollstreckung, und wie man auch das zulässige Vorgehen gegen die übrigen Theilhaber behufs Feststellung der dem Schuldner zukommenden Quote denken wollte, immer müßte die Zwangsvollstreckung in den Antheil großen Schwierigkeiten begegnen. Ebenso würden insoweit, als die Quoten für obligatorische an das gemeinschaftliche Recht sich knüpfende Verpflichtungen maßgebend wären, Unzuträglichkeiten für die betreffenden Gläubiger entstehen.

Ein praktisches Bedürfniß für die Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechtes mit Aufschiebung der Antheilsfrage hat man in denjenigen Fällen gefunden, in welchen das Recht selbst bezw. der Rechtserwerb der Betheiligten im Allgemeinen gewiß, die Quotenfrage aber zweifelhaft oder bestritten ist, z. B. in den Fällen mehrerer Erben oder Vermächtnißnehmer. Durch das Erforderniß der Quotenbezeichnung werden in solchen Fällen allerdings Verfügungen über das ganze Recht, hinsichtlich welcher die sämmtlichen Theilhaber einverstanden sind, verzögert. Doch kann in derartigen, übrigens immerhin seltenen Fällen in der Weise geholfen werden, daß durch eine Vormerkung der Eintragung bestimmter Antheile die präjudizirliche Wirkung für den einzelnen Theilhaber genommen wird.

Hervorzuheben ist auch noch, daß die Verwandlung eines gemeinschaftlichen Rechtes ohne bestimmte Antheile in ein Recht mit solchen Antheilen nach den Prinzipien des Grundbuchrechtes eine neue Eintragungsbewilligung der Betheiligten und Eintragung voraussetzen, also mit erheblichen Kosten und Weiterungen verbunden sein würde.

b) Wird aus den angeführten Gründen die Zulassung eines mehreren Personen gemeinschaftlich zustehenden Rechtes mit Unterdrückung der Eintragung bestimmter Antheile abgelehnt, so bieten sich für die Regelung des Verhältnisses zwei Wege: b) Gleichheit der Theile.

α. Man kann bei Strafe der Nichtigkeit vorschreiben, daß die Eintragung und mithin auch die Erklärungen, auf Grund deren eingetragen wird, die Bezeichnung der Bruchtheile zu enthalten haben. Die Aufstellung dieses Erfordernisses ist jedoch nicht unbedenklich, da, wenn ohne Beobachtung desselben die Eintragung vorgenommen ist, große Härten entstehen können. Es würde

[1]) Vergl. § 631.

sich höchstens rechtfertigen, durch eine instruktionelle Vorschrift in der Grundbuchordnung dafür zu sorgen, daß regelmäßig die Bruchtheile angegeben werden.

β. Man kann aber auch das Verhältniß in der Weise regeln, daß gleiche Quoten als eingetragen anzusehen sind, sofern nicht aus der Eintragung etwas Anderes sich ergiebt. Für diese Regelung hat der Entwurf sich entschieden. Die Bestimmung des § 827 ist freilich auch insoweit positiver Natur. Aber der Vorwurf der Härte trifft sie nicht, da Jedermann das Gesetz kennen muß, übrigens auch bei der Gemeinschaft die Gleichheit der Theile die Regel bildet. Nur darf der § 827 nicht wie der § 764 als Auslegungsregel aufgefaßt werden. Eine solche Auffassung würde gegen wichtige Prinzipien des Grundbuchrechtes verstoßen, zunächst gegen das Spezialitätsprinzip, da dessen Bedeutung für den Gegenstand der eingetragenen Rechte die ist, daß derselbe mit völliger Bestimmtheit aus dem Grundbuche hervorgehen muß, sodann gegen das Prinzip, daß die materiellen Rechtsbeziehungen der Betheiligten zu einander der Prüfung des Grundbuchamtes nicht unterliegen.

2. Erwerb der Rechte an Grundstücken durch Rechtsgeschäft.

a) Vertrag und Eintragung in das Grundbuch als Erfordernisse der Uebertragung des Eigenthumes und der Begründung, Uebertragung und Belastung eines anderen Rechtes.

§ 828.

Eintragungs- und Konsensprinzip.

Bereits früher wurde im Allgemeinen dargelegt, daß und warum die sachenrechtlichen Geschäfte, deren Gegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen ist, in dem bürgerlichen Gesetzbuche auf der Grundlage des Konsensprinzipes und des Eintragungsprinzipes geordnet werden müssen[1]). Das Konsensprinzip hat eine zwiefache Bedeutung: die formelle, daß die Bewilligung des leidenden Theiles zu einer Eintragung in das Grundbuch erforderlich und ausreichend ist; die materielle, daß der auf die Eintragung gerichtete Wille beider Theile in der Form des dinglichen Vertrages erklärt sein muß, damit der gewollte Rechtsvorgang (die Rechtsänderung) sich vollziehe. Das Gesetzbuch hat es nur mit dem materiellen Konsensprinzipe (dem Prinzipe des dinglichen Vertrages) zu thun. Die Verwerthung des formellen Konsensprinzipes ist Aufgabe der Grundbuchordnung. Der dingliche Vertrag aber bewirkt die von den Vertragschließenden gewollte Rechtsänderung nicht schon durch die Erklärungen, aus welchen er sich zusammensetzt, sondern nur unter Hinzutritt der Eintragung in das Grundbuch. Deshalb kann er nur in Verbindung mit dem Eintragungsprinzipe sachgemäß geregelt werden. Der Entwurf giebt diese Regelung in den §§ 828—833. Bei der Rechtfertigung des § 828, die zunächst in Frage ist, sind die vier Absätze, aus welchen derselbe besteht, getrennt ins Auge zu fassen.

I Erfordernisse des Rechtserwerbes:

I. Der erste Absatz spricht die Regel aus, daß zu den von ihm bezeichneten Rechtsänderungen Vertrag und Eintragung erforderlich sind.

[1]) Oben S. 7, 8, 17, 19, 136—138.

1. Das Erforderniß des Vertrages für die Erwerbung dinglicher Rechte mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden ist nach gemeinem Rechte bei dem heutigen Stande der Wissenschaft als zweifellos anzusehen. Das franz. G. B. läßt den Vertrag genügen. In Preußen ist die landrechtliche Lehre vom titulus und modus acquirendi für die Fälle der freiwilligen Veräußerung eines Grundstückes sowie der Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld durch das Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 1, 2, 18, 19 aufgegeben. Die Auflassung dieses Gesetzes hat alle Kennzeichen eines Vertrages. Bei Hypotheken und Grundschulden dagegen entsteht das dingliche Recht durch die auf Grund der (einseitigen) Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers erfolgende Eintragung in das Grundbuch. Die übrigen Rechte an Grundstücken werden nach den bisherigen Vorschriften begründet. Diese Vorschriften sind auch für die Uebertragung und die Belastung der begrenzten Rechte entscheidend. Die Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc., welche für Oldenburg, Coburg-Gotha und andere Staaten erlassen sind, schließen sich meist dem preuß. Ges. an. Nach denjenigen Gesetzen, welche der Eintragung formale Rechtskraft beilegen, hat für die Erwerbung der dem Eintragungsprinzipe unterliegenden Rechte der Vertrag, soweit er überhaupt nöthig ist, nur die formale Bedeutung einer Voraussetzung der Eintragung. Diese Voraussetzung aber kann nach dem sächs. G. B. §§ 276, 277, 387, 398, 438, 506 in einem Rechtsgeschäfte und also auch in einem Vertrage bestehen[1]). Dasselbe gilt nach den Gesetzen, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Oktober 1852, Reuß j. L. v. 20. November 1858 und Reuß ä. L. v. 27. Februar 1873. In Hamburg und Lübeck sowie in Mecklenburg wird, wenn das Eigenthum an einem Grundstücke mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers auf einen Anderen unter Lebenden übertragen werden soll, der Uebergang auf die Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers eingetragen; bei anderen Rechtsänderungen erfolgt die Eintragung auf den einseitigen Antrag des leidenden Theiles. In den übrigen Gebieten des gemeinen Rechtes, für welche öffentliche Bücher über die Grundstücke geführt werden, machen die Gesetze die Eintragung bezw. den Rechtserwerb regelmäßig von einem Titel abhängig, welcher bei Erwerbsgeschäften unter Lebenden in einem Vertrage sich darstellt.

1. Vertrag.

Bedeutung des dingl. Vertrages.

Ein Theil der Landesgesetze wirft ersichtlich die Fälle der rechtsgeschäftlichen Erwerbung und sonstigen Aenderung eingetragener Rechte mit anderen Fällen zusammen. Der Entwurf hält beide Kategorieen streng auseinander, weil das materielle Konsensprinzip, welches ihm zu Grunde liegt, seinem Wesen nach nur für die Regelung der auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderungen sich verwerthen läßt. Die Fälle mithin, in welchen der Konsens blos des Beweises wegen zur Berichtigung des Grundbuches gefordert wird, fallen nicht unter die Regel, welche der § 828 Abs. 1 ausspricht. Auch bezieht

Beschr. des Konsensprinzipes auf den rechtsgeschäftl. Erwerb.

[1]) Nach dem bayr. Entw. III Art. 56, 66—69, 149, 150, 303, 304, 342, 366 setzt die Eintragung einen Rechtsgrund, bezw. Rechtstitel, und die Bewilligung des leidenden Theiles voraus.

sich diese Regel nicht auf die Aufhebung der eingetragenen Rechte; das zu derselben erforderliche Rechtsgeschäft wird in dem Entwurfe für jedes Recht besonders wenn auch im Anschlusse an den Grundsatz des § 828 geordnet. Es kommen somit hier lediglich die Fälle in Betracht, in welchen derjenige, für welchen ein Recht in das Grundbuch eingetragen ist, über das Recht durch Uebertragung oder Belastung desselben bezw. durch Begründung eines neuen Rechtes zu Gunsten eines Anderen verfügt. Eine solche Verfügung kann den Erfolg, welchen sie bezweckt, nur haben, sofern beide Theile mit einander einverstanden sind, daß derselbe eintreten soll. Wenn gleichwohl einige Landesgesetze die einseitige Erklärung des Veräußerers nicht blos für die Eintragung des Erwerbers, sondern auch für die Rechtsänderung, welche durch dieselbe sich vollzieht, als genügend ansehen, so durchbrechen sie den Grundsatz, daß Niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben kann. Durch diese Anomalie wird freilich der Geschäftsverkehr erleichtert bezw. das Verfahren der Grundbuchämter vereinfacht. Allein der eine wie der andere Vortheil läßt sich auch auf dem weniger einschneidenden Wege einer Verwerthung des formellen Konsensprinzipes in der Grundbuchordnung erreichen. Der Entwurf hält deshalb daran fest, daß die in Rede stehenden Rechtsänderungen nur durch Vertrag bewirkt werden können[1]).

Eintragung des Verfügenden als Voraussetzung des Vertrages.

Nach den Landesgesetzen, welche die Eintragung von einer der Buchbehörde obliegenden Sachprüfung abhängig machen, kann grundsätzlich über ein eingetragenes Recht von dem Berechtigten nur verfügt werden, wenn dieser als der Berechtigte eingetragen ist[2]). An sich folgt freilich die Befugniß, über ein Recht mittels Vertrages zu verfügen, aus dem Rechte selbst. Ein dinglicher Vertrag indessen kann seinem Zwecke gemäß nur unter der Voraussetzung wirksam geschlossen werden, daß der Berechtigte in der Lage ist, demjenigen, zu dessen Gunsten er verfügt, die der Rechtsänderung entsprechende Stellung zu verschaffen. Wenn also über ein eingetragenes Recht verfügt werden soll, so muß auf Grund des Vertrages die Eintragung der Rechtsänderung für den Erwerber bewirkt werden können. Die Eintragung aber darf, da das Grundbuch den Rechtsstand des Grundstückes und folglich auch die Aenderungen, welche derselbe erleidet, nicht blos richtig, sondern auch klar und verständlich darzustellen hat, der Buchbehörde (von Ausnahmefällen abgesehen) nur gestattet werden, wenn derjenige, gegen dessen eingetragenes Recht sie sich richtet, als der Berechtigte eingetragen ist[3]). Für das materielle Grundbuchrecht ergiebt sich hieraus die Regel, daß der Vertrag, welchen der § 828 erfordert, von dem eingetragenen Berechtigten zu schließen ist. Daß

---

[1]) Vergl. oben 8, 38.

[2]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 2, 13, 19, 49, 53; bayr. Hypoth. Ges. § 26, württemb. Pfandges. Art. 56, 57; mecklenb. revid. Stadtb. O. §§ 8, 12, 19, 22; hess. Ges. v. 21. Februar 1852 Art. 4 Abs. 4 und v. 15. September 1858 Art. 26, 36, 37; weimar. Pfandges. § 14; anhalt. Grundb. Ges. § 7. Für das in Sachsen, Hamburg ꝛc. geltende Recht ergiebt sich der Satz des Textes schon aus der formalen Rechtskraft der Eintragungen.

[3]) Anm. f. zu § 828.

die Regel Ausnahmen zuläßt[1]), wird durch die Wortfassung der Vorschrift klargestellt. Im Uebrigen findet ihre Tragweite die erforderliche Begrenzung in § 830.

2. Das Erforderniß der Eintragung liegt in der Konsequenz der Bucheinrichtung. Der Hauptzweck dieser Einrichtung ist, dem Immobiliarverkehre eine sichere Grundlage zu schaffen, Irrthümern der Betheiligten über die an einem Grundstücke bestehenden Rechte vorzubeugen. Deshalb müssen die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke durch das Grundbuch festgestellt und erkennbar gemacht werden. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Bestand der Rechte ausschließlich an die Eintragung geknüpft wird, so zwar, daß nichteingetragene Rechte dingliche Wirkung nicht haben können. Für den Entwurf bleibt diese Lösung außer Betracht, da sie mit dem abgelehnten Grundsatze der formalen Rechtskraft des Buchinhaltes zusammenfallen würde. Ein anderer Weg wäre der, welchen die Gesetzgebung in Frankreich, aber auch in Deutschland, und zwar nicht blos für Gebiete des franz. Rechtes eingeschlagen hat, indem sie die Erwerbung der Rechte an Grundstücken zwar außerhalb des Buches sich vollenden, gegen Dritte aber in der Regel nur durch die Eintragung des Erwerbungsaktes wirken läßt. Auch dieser Weg wird von dem Entwurfe vermieden, weil er, wie bereits früher[2]) angedeutet wurde, mit dem Uebelstande verbunden ist, daß ein dingliches Recht, je nachdem diese oder jene Person ihm gegenübertritt, in seinem Bestande anerkannt oder verneint werden muß, bezw. verschiedene Subjekte haben kann. Ein dritter Weg ist mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches gegeben. Das Gesetz könnte bei Anerkennung dieses Grundsatzes die dinglichen Rechte ebenfalls in der Weise ordnen, daß die Rechtsänderung zu ihrer Vollendung der Eintragung nicht bedürfte. Dann wäre der erwähnte Uebelstand insoweit abgeschwächt, als die Rechtsänderung auch schon vor ihrer Eintragung gegen alle diejenigen wirksam sein würde, welche bei der Vornahme eines kollidirenden Aktes Kenntniß von der Sachlage erlangt hätten. Allein immerhin bliebe die Duplizität des dinglichen Rechtes als ein nicht regelwidriger Zustand bestehen, und hierin läge im Hinblicke auf die Möglichkeit rechtlicher Verfügungen in der Zeit zwischen dem Geschäftsabschlusse und der Eintragung eine große Gefahr für den redlichen Verkehr, namentlich in den Fällen der Eigenthumsübertragung und der Hypothekenbestellung. Diese Schwäche des Publizitätsprinzipes hat in verschiedenen deutschen Staaten dahin geführt, die auf Vertrag beruhenden Rechtsänderungen, wenigstens die praktisch wichtigsten, von der Eintragung abhängig zu machen[3]). Für die Reichsgesetzgebung erscheint demnach das Eintragungsprinzip nicht blos als sachlich angemessen, sondern auch als durch die bisherige Rechtsentwickelung gegeben, und es kann sich nur fragen, in welchem Umfange das Prinzip in dem bürgerlichen Gesetzbuche Verwendung finden soll. Diese Frage ist indessen hier nur in Ansehung derjenigen Rechtsänderungen zu entscheiden, für welche oben das Erforderniß des Vertrages in Anspruch

2. Eintragung

[1]) Vergl. §§ 869, 1087, 1112 ff.
[2]) Oben S. 18.
[3]) Vergl. oben S. 17, 19.

Anwendung des Eintragungsprinzipes auf die dingl. Rechte:

genommen ist. Die Geschäfte, um welche es sich handelt, sind namentlich folgende:

a) Eigenthum;

a) Uebertragung des Eigenthumes. Der Grundsatz des franz. Rechtes, daß das Eigenthum, auch wenn sein Gegenstand ein Grundstück ist, durch bloßen Vertrag erworben wird, entspricht dem Verkehrsbedürfnisse nicht. Der Verkehr verlangt ein äußeres Merkmal, an welchem das Recht des jeweiligen Eigenthümers erkannt werden kann, weil sonst die Geschäfte, deren Gültigkeit von dem Eigenthume des einen Vertragschließenden abhängt, für den anderen mit großen Gefahren verknüpft sind. Ebenso unzulänglich ist das gemeinrechtliche Erforderniß der Tradition für den Eigenthumsübertragungsvertrag, weil die Uebergabe eines Grundstückes und der Besitz, welchen sie dem Erwerber verschafft, der Regel nach thatsächliche Bedeutung nur für die unmittelbar Betheiligten haben, weiteren Kreisen dagegen nicht erkennbar sind, ganz abgesehen davon, daß erfahrungsmäßig die Uebergabe in der Vertragsurkunde nicht selten als vollzogen bezeichnet wird, obschon sie in Wirklichkeit noch gar nicht erfolgt ist. Das Traditionsprinzip gilt gegenwärtig noch in Bayern, mit Ausschluß der Gebietstheile links des Rheines, in Württemberg, einigen Bezirken Preußens (Frankfurt a. M., Hamburg, Lauenburg) und in Mecklenburg für diejenigen Grundstücke, für welche öffentliche Bücher nicht angelegt oder die angelegten nur Hypothekenbücher sind. Eine besondere Erwerbungsart ist die gerichtliche Uebereignung und Zuschreibung in Weimar und Schwarzburg-Rudolstadt. Das Eigenthum wird dem Erwerber in Weimar in dem Grundbuche (Steuerbuche), in Rudolstadt „in Form einer Urkunde" zugeschrieben. Nach dem Grundbuch- und Hypoth. Ges. für Meiningen v. 15. Juli 1862 Art. 2 ff. wird das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache ohne Eintragung erworben, als Eigenthümer jedoch nur derjenige angesehen, welcher als solcher in das Grundbuch eingetragen ist. Alle sonstigen Landesgesetze, welche auf dem Grundbuchsysteme beruhen, machen im Falle der vertragsmäßigen Uebertragung den Uebergang des Eigenthumes auf den Erwerber von der Eintragung abhängig[1]). Der Entwurf kann daher dieses Erforderniß nicht fallen lassen.

b) Verkaufsrecht;

b) Bestellung eines Vorkaufsrechtes. Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 § 570 erlangt das durch Vertrag oder letztwillige Verordnung begründete Vorkaufsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes durch die Eintragung in das Hypothekenbuch. Für Anhalt bestimmt das Grundb. Ges. v. 11. März 1877 § 3,

---

[1]) Siehe insbesondere das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 1 und die demselben nachgebildeten gleichnamigen Gesetze für Coburg-Gotha, Oldenburg (mit Ausschluß von Birkenfeld), Braunschweig, Waldeck, Lippe-Detmold, Sondershausen und Schaumburg-Lippe; sächs. G. B. § 276 und Ges., die Grund- und Hypoth. Bücher ꝛc. betr., für Altenburg § 2, Reuß j. L. und ält. L.; anhalt. Grundb. Ges. § 2; hess. Ges. v. 21. Februar 1852 Art. 1, 6, im Einklange mit dem hess. Entw. II, 3 Art. 56; nass. Stockb. Ges. v. 15. Mai 1851 § 8; mecklenb. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 5 und die Ges. für den Privatgrundbesitz in den Domänen (Schwerin) v. 2. Januar 1854 § 7 und (Strelitz) v. 24. Dezember 1872 § 4; hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 6; bayer. Entw. III Art. 149.

daß das vertragsmäßige Vorkaufsrecht durch Eintragung dingliche Wirkſamkeit erlangt. Die mecklenb. Geſetze ſchreiben die Eintragung des Vorkaufsrechtes vor, wenn durch dasſelbe das Eigenthum beſchränkt werden ſoll[1]). Nach ſächſ. Recht erhält das Vorkaufsrecht durch die Eintragung die Wirkung einer Beſchränkung des Eigenthümers in der Verfügung über das Grundſtück[2]). Aehnlich wird es in dem hamb. Geſetze v. 4. Dezember 1868 § 22 behandelt. Nach dem württemb. Pfandgeſ. v. 15. April 1825 Art. 74 ff. kann einem jeden Rechte auf Erwerbung oder Wiedererwerbung des Eigenthumes durch Eintragung Wirkſamkeit gegen Dritte verſchafft werden.

Das dingliche Vorkaufsrecht, welches der Entwurf zuläßt, ſtellt ſich als eine beſonders ſchwere Belaſtung des Grundſtückes dar, indem es für den Berechtigten den Anſpruch auf Uebertragung des Eigenthumes gegen den Eigenthümer begründet[3]). Für ein ſolches Recht iſt die Eintragung ſchon um deswillen unerläßlich, weil ſie allein ein zuverläſſiges Merkmal zur Unterſcheidung zwiſchen dem dinglichen und dem nur obligatoriſchen Vorkaufsrechte abgiebt.

c) Begründung, Belaſtung und Uebertragung eines Erbbaurechtes. c) Erbbaurecht;

α. Die Begründung des Rechtes der Superfizies, für welches der Entwurf die techniſche Bezeichnung „Erbbaurecht" einführt, iſt in den Landesgeſetzen meiſt nicht beſonders geordnet. Sie unterliegt daher dem Eintragungsprinzipe inſoweit, als das Erforderniß der Eintragung für die dinglichen Rechte die Regel bildet. Das preuß. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. enthält dieſe Regel nur für die freiwillige Veräußerung des Eigenthumes und die Beſtellung der Hypothek und der Grundſchuld. Im Uebrigen beſtimmt es in § 12, daß dingliche Rechte, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, Wirkſamkeit gegen Dritte nur durch Eintragung erlangen, nimmt aber hiervon die Grundgerechtigkeiten und einige andere Rechte aus. Ob die Superfizies dieſer oder jener Kategorie zuzurechnen iſt, kann für die Gebiete des A. L. R. fraglich ſein, wenn man beachtet, daß letzteres ſie in dem Titel von den Grundgerechtigkeiten[4]) abhandelt. Auch wird darüber geſtritten, ob in denjenigen Landestheilen Preußens, in welchen das Geſetz, betr. die Ablöſung der Reallaſten ꝛc., v. 2. März 1850 gilt, die Begründung einer Superfizies überhaupt noch geſtattet iſt. Die Geſetze anderer Staaten, welche dem preuß. Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. nachgebildet ſind, haben übrigens nicht alle den § 12 desſelben aufgenommen. So macht namentlich das braunſchw. Geſ. v. 8. März 1878 § 14 nicht blos die abſolute Wirkung, ſondern die Erwerbung der betreffenden Rechte von der Eintragung abhängig. Nach dem ſächſ. G. B.

---

[1]) Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 4; Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 2 II.

[2]) Sächſ. G. B. §§ 401, 1124, 1126, 1136 ff.; Altenburg § 13 Nr. 7, §§ 32, 225; Reuß j. und ä. L.

[3]) §§ 954, 957.

[4]) A. L. R. I, 22 §§ 243—246.

§ 661 und dem bayr. Entw. III Art. 339 kann die Superfizies nur durch Eintragung begründet werden.

Die Bestellung eines Erbbaurechtes steht wirthschaftlich der Veräußerung des Eigenthumes sehr nahe[1]). Ihre Unterwerfung unter das Eintragungsprinzip ist daher unerläßlich.

β. Die Anwendung dieses Prinzipes auf die Uebertragung und die Belastung des Erbbaurechtes bedarf mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 781 Abs. 2 und des § 962 Abs. 2 Satz 1 einer weiteren Rechtfertigung nicht.

d) Dienstbarkeiten;

d) Begründung der Dienstbarkeiten sowie Veräußerung und Belastung persönlicher Dienstbarkeiten.

a. Grunddienstbarkeiten.

α. Die Grunddienstbarkeiten werden in dem größten Theile des Reiches ohne Eintragung begründet; so namentlich in Preußen, mit Ausschluß des vormaligen Herzogthumes Nassau, in Bayern, Sachsen, Württemberg, Hessen, Weimar[2]), Oldenburg, Coburg-Gotha, Hamburg, Lübeck. Doch ist die Eintragung zulässig, wenn auch ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Servitut, in Preußen, Anhalt, Oldenburg und einigen anderen Staaten[3]). Zur Rechtswirkung gegen Dritte ist sie erforderlich in Mecklenburg für diejenigen Güter, auf welche die Hypoth. O. v. 18. Oktober 1848 anwendbar ist, sowie in Elsaß-Lothringen nach dem Transskriptionsgesetze v. 23. März 1855. Ob das Gleiche in Baden gilt, ist streitig. In Hamburg erfolgt die Eintragung durch Anlegung einer Klausel bei dem mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücke. Die Wirkung einer Klausel ist im Allgemeinen die, daß keine Einschreibung vorgenommen werden darf, welche das in derselben dargelegte Rechtsverhältniß voraussichtlich verletzen würde[4]). In Württemberg werden die Realservituten in das Güterbuch bezw. das einen Theil desselben bildende Servitutenbuch eingetragen. Wird die Eintragung unterlassen, so ist die Dienstbarkeit gegen einen Dritten, der sie bei der Erwerbung eines Rechtes an dem Grundstücke nicht gekannt hat, ohne Rechtswirkung. Doch ist diese Meinung nicht unbestritten[5]). Erforderlich zur (vertragsmäßigen) Begründung einer Grunddienstbarkeit ist die Eintragung in Mecklenburg nach den meisten

---

[1]) Vergl. §§ 961, 963, 964.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 22 § 13 und Anh. § 58; bayr. L. R. II, 7 § 9 und Hypoth. Ges. §§ 22 Nr. 5; franz. G. B. Art. 639; sächs. G. B. §§ 567, 574, 575; württemb. L. R. II, 9 § 10 (Lang, Sachenrecht S. 381); hess. Ges., die Erwerbung des Grundeigenthumes ꝛc. betr., v. 21. Febr. 1852; weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 §§ 130, 139 und Ausführungsv. v. 12. März 1841 §§ 65, 96.

[3]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 12 Abs. 2; oldenb. Ges. v. 3. April 1876 § 11 Abs. 2; coburg-goth. Ges. v. 1. März 1877 § 12 Abs. 2; anhalt. Ges. v. 11. März 1877 § 3 Abs. 2. In Sachsen, Weimar, Altenburg, Reuß ist die Eintragung formell ausgeschlossen.

[4]) Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 §§ 24—26. Den Klauseln entsprechen in Lübeck die Marginalnoten.

[5]) Sie wird vertreten von Reyscher, württ. Priv. R. 2 § 303 bei Note 1, und Wächter, Erört. 1 S. 239, bekämpft von Lang, württemb. Sachenrecht § 52 Note 1 und § 94.

der auf dem Grundbuchſyſteme beruhenden Geſetze[1]), in Braunſchweig nach dem Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 8. März 1878 § 8. Auch in dem heſſ. Entw. II, 3 Art. 56 ff. und 4 Art. 68 iſt daſſelbe Prinzip durchgeführt. In dem bayr. Entw. III Art. 303 iſt es ebenfalls ausgeſprochen; doch ſteht es nach Art. 306 „bei Grunddienſtbarkeiten, welche als ſolche durch bleibende Anlagen oder Vorrichtungen erkennbar ſind, der Eintragung im Grundbuche gleich, wenn jene Anlagen oder Vorichtungen auf Grund eines Erwerbstitels der Dienſtbarkeit errichtet ſind“[2]).

Die Gründe, welche dafür ſprechen, daß die vertragsmäßige Beſtellung eines begrenzten Rechtes an einem Grundſtücke von der Eintragung abhängig gemacht wird, treffen auch in Anſehung der Grunddienſtbarkeiten zu. Es wäre weder folgerichtig noch für die Sicherheit im Rechtsverkehre unbedenklich, wenn das bürgerliche Geſetzbuch hier von dem Eintragungsprinzipe abſähe. Es ſind aber mit der Anwendung dieſes Prinzipes gerade auf die Grunddienſtbarkeiten noch weitere Vortheile verbunden. Zunächſt vermindert dieſelbe die Schwierigkeiten, welchen die Abgrenzung dieſer Servituten gegen das Gebiet der dem Eintragungsprinzipe zu unterſtellenden Reallaſten begegnen würde. Es iſt hierbei namentlich an ſolche Fälle zu denken, in welchen mit einer Grunddienſtbarkeit auf Seiten des dienenden Grundſtückes nach § 971 die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Dienſtbarkeitsanlage oder auf Seiten des herrſchenden Grundſtückes die Verpflichtung zu einer Gegenleiſtung verbunden iſt. Bei der Behandlung dieſer Verpflichtungen als Reallaſten müßte man, wenn die Beſtellung der Grunddienſtbarkeiten dem Eintragungszwange als Regel nicht unterläge, dahin kommen, entweder nur einen Theil des weſentlich einheitlichen Rechtsverhältniſſes einzutragen, den anderen — und zwar vielleicht gerade den wichtigeren — aber nicht, oder das ganze Rechtsverhältniß wegen der an ſich vielleicht nebenſächlichen Verpflichtung ausnahmsweiſe von der Eintragung abhängig zu machen; gewiß ein Ergebniß, welches keinesfalls befriedigen würde. Sodann hat das Erforderniß der Eintragung die für die Verhältniſſe des Grundbeſitzes günſtige Folge, daß die Erwerbung von Realſervituten durch Erſitzung ausgeſchloſſen, hierdurch aber der bei denſelben beſonders nahe liegenden Gefahr, daß durch fortgeſetzten Mißbrauch einer Gefälligkeit ein Recht erſchlichen werde, wirkſam vorgebeugt wird[3]). Sieht das Geſetz von der Eintragung ab, ſo entſtehen häufig verwickelte und koſtſpielige Rechtſtreitigkeiten zwiſchen demjenigen, welcher eine Dienſtbarkeit in Anſpruch nimmt, und dem Erwerber des Grundſtückes, der von derſelben keine

[1]) Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 § 1 Nr. 1 und § 2 II Nr. 2a, ſtrel. Hypoth. O. für die ritterſchaftlichen Hinterſaſſen v. 3. Febr. 1855 § 2 A 4 und für Privatbeſitzungen in den Domänen und im Kabinetsamt v. 24. Dez. 1872 § 2 Nr. 3, ratzeburg. Hypoth. O. v. 21. Aug. 1859 § 2 A 4. Abweichend namentlich das Geſetz für den Privatgrundbeſitz in den ſchwerinſchen Domänen v 2. Jan. 1854 § 3 Ziff. 1 d.

[2]) Aehnlich das zür. G. B. §§ 691, 692. In dem öſterr. G. B. § 481 iſt das Eintragungsprinzip unbeſchränkt anerkannt.

[3]) Die Ausſchließung der Erſitzung wird (im 7. Abſchn.) gerechtfertigt werden.

Kenntniß erhalten hat, bezw. zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer. Die Eintragung stellt die Beziehungen der Betheiligten zu einander der Regel nach, namentlich auch für den Fall der Zwangsversteigerung, vollständig klar. Sie gewährt alle die Vortheile, welche mit der Einführung einer strengeren Form des Begründungsvertrages verknüpft sind. In denjenigen Gebieten, für welche die Gesetzgebung das Eintragungsprinzip angenommen hat, würde das Aufgeben desselben voraussichtlich als ein auffälliger Rückschritt empfunden werden.

Die Gründe, welche in Preußen, Sachsen und anderen Staaten zur Ablehnung dieses Prinzipes geführt haben[1]), stützen sich sämmtlich darauf, einmal, daß ein praktisches Bedürfniß für die Eintragung der Grunddienstbarkeiten nicht vorhanden, sodann aber, daß die Durchführbarkeit einer solchen Maßregel zu bezweifeln bezw. nur unter Ueberwindung der größten Schwierigkeiten zu bewirken sei.

Der Mangel des Bedürfnisses wird darin gefunden, daß die Belastung eines Grundstückes mit einer Realservitut den Werth desselben in der Regel nicht vermindere und daß die Existenz der Dienstbarkeit, sofern sie nicht schon aus Anlagen und Einrichtungen auf dem belasteten Grundstücke erhelle, durch Erkundigungen bei dessen Eigenthümer leicht zu erfahren sei. Allein diese Erwägungen sind theils nicht richtig, theils nicht erheblich. Gewiß giebt es zahlreiche Realservituten, welche das dienende Grundstück kaum merklich belasten. Allein gerade um solche Dienstbarkeiten werden nicht selten verwickelte Prozesse geführt, welche für die Betheiligten die Ursache nicht unbedeutender Kosten und großer gegenseitiger Erbitterung werden können. Es kommen aber auch in nicht geringer Zahl Realservituten vor, welche das dienende Grundstück im Werthe herabdrücken und deshalb nur gegen reichliche Entschädigung eingeräumt werden. Der Gedanke indessen, diese Kategorie dem Eintragungszwange zu unterwerfen, jene davon auszunehmen[2]), läßt sich mit praktischem Erfolge nicht verwirklichen, weil der Einfluß einer Grunddienstbarkeit auf den Werth des Grundstückes eine zu unbestimmte Thatsache ist, als daß darauf eine gesetzliche Vorschrift gegründet werden könnte. Auch würde hierdurch dem Interesse des herrschenden Grundstückes, für welches die Dienstbarkeit meist von hohem Werthe ist, nicht genügt werden. Die Verweisung derjenigen aber, welchen an der Kenntniß des Bestehens oder des Nichtbestehens einer Realservitut gelegen ist, auf Erkundigungen bei den Eigenthümern der betheiligten Grundstücke wäre nicht im Sinne des von dem Entwurfe befolgten Grundbuchsystemes. Nach diesem Systeme braucht Jemand, der ein Recht an einem Grundstücke erwerben will, um sich Gewißheit über die Belastungen des letzteren zu verschaffen, nur das Grundbuch zu Rathe zu ziehen, weil nur

---

[1]) Mot. zu dem preuß. rev. Entw. II § 761 und dem Entw. eines Ges., über den Eigenthumserw. ꝛc. bei Werner, Mater. S. 12; Mot. zum sächs. G. B. § 276; Bericht des hamb. Bürgerschaftsausschusses über den Entw. eines Hypothekengesetzes (1864) S. 16 ff.

[2]) Dies war der Standpunkt der jetzt beseitigten Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 22 §§ 17, 18.

dieſes die erforderliche Auskunft mit voller Sicherheit giebt. Wäre der Weg der Erkundigung bei den Betheiligten ebenſo leicht und zuverläſſig, ſo wäre die ganze Bucheinrichtung entbehrlich.

Hiernach rechtfertigt ſich die Anwendung des Eintragungsprinzipes auf die Grunddienſtbarkeiten, gleichviel ob in Gemäßheit derſelben auf dem dienenden Grundſtücke Etwas zu unterlaſſen oder zu dulden iſt, und es kann ſich nur fragen, ob etwa die ſogenannten apparenten Servituten von der Regel ausgenommen werden ſollen. Man kann zugeben, daß in Anſehung ihrer das Bedürfniß der Eintragung weniger dringend iſt, weil die Veräußerung eines Grundſtückes meiſt nicht zum Abſchluſſe gelangt, ohne daß vorher die Beſchaffenheit des Grundſtückes und alſo auch das Vorhandenſein einer Dienſtbarkeitsanlage dem Erwerber bekannt geworden wäre. Aber man kann die Bedürfnißfrage nicht völlig verneinen, da die Realſervituten auch die Kreditgeſchäfte, namentlich die Beſtellung und die Abtretung von Hypotheken, beeinfluſſen, dieſe Geſchäfte aber erheblich erſchwert werden müſſen, wenn derjenige, welcher eine ſichere Hypothek erwerben will, zur Erforſchung der die Sicherheit betreffenden Thatſachen auf eine Beſichtigung des Grundſtückes verwieſen wird. Die theoretiſche Unterſcheidung zwiſchen apparenten und nicht apparenten Realſervituten ſtößt überdies in der Praxis auf große Schwierigkeiten, da die Grenze zwiſchen beiden Kategorieen oft eine überaus flüſſige ſein wird. Die preuß. Geſetzgebung hat deshalb dieſe in dem A. L. R. I, 22 § 16 enthaltene Unterſcheidung bereits in dem § 58 des Anhanges aufgegeben, indem ſie von dem Erforderniſſe der Eintragung überhaupt abſieht. Vom Standpunkte des Entwurfes führen jene Schwierigkeiten zur Ausdehnung dieſes Erforderniſſes auf alle Grunddienſtbarkeiten.

Das gegen die Durchführbarkeit des Eintragungsprinzipes erhobene Bedenken widerlegt ſich durch die einfache Erwägung, daß in verſchiedenen Theilen Deutſchlands ſeit längerer Zeit alle Realſervituten zur Eintragung gelangen und daß hierbei, ſoviel bekannt, erhebliche Unzuträglichkeiten ſich nicht ergeben haben. Es iſt namentlich nicht zu beſorgen, daß, wenn das bürgerliche Geſetzbuch die vertragsmäßige Begründung dieſer Dienſtbarkeiten von der Eintragung abhängig macht, die Folge hiervon eine Ueberfüllung der Grundbücher ſein werde. Die Eigenthümer von Grundſtücken ſind einer ſolchen Belaſtung derſelben in hohem Grade abgeneigt, und wenn man beachtet, daß die Errichtung gewiſſer kulturſchädlicher Realſervituten in großen Gebieten des Reiches geſetzlich verboten iſt, ſo darf man davon ausgehen, daß die Beſtellung einer Grunddienſtbarkeit in Zukunft ein keineswegs häufiges Geſchäft ſein werde.

Die Bedenken gegen das Erforderniß der Eintragung entnehmen ihre Rechtfertigung im Weſentlichen auch nur aus Rückſichten auf die alten Servituten, d. h. diejenigen, welche beim Eintritte der Geltung des Geſetzbuches beſtehen werden. Gewiß ſind auch dieſe Grunddienſtbarkeiten dem Eintragungszwange zu unterwerfen, wenn anders das Prinzip eine volle Wahrheit werden ſoll. Zu dem Ende werden die Berechtigten zur Anmeldung ihrer Rechte binnen einer beſtimmten Friſt öffentlich aufzufordern und hieran die Folge zu knüpfen ſein, daß eine während der Friſt zur Eintragung nicht

angemeldete Dienstbarkeit den Bestimmungen des Gesetzbuches über den öffentlichen Glauben des Grundbuches unterworfen wird, so daß sie je nach Verschiedenheit der Fälle entweder erlischt oder wenigstens gegen den betreffenden Dritten nicht geltend gemacht werden kann. Zur Abschwächung der Gefahr des Rechtsverlustes muß natürlich die Ausschlußfrist möglichst geräumig bemessen werden. Auch bleibt zu erwägen, ob nicht noch in anderer Weise Vorsorge für die Erhaltung wohlerworbener Rechte getroffen werden kann. Keinesfalls aber darf die Rücksicht auf den Bestand vorhandener Rechte als entscheidendes Motiv für die Regelung der Begründung neuer Rechte verwerthet werden. Die Ueberleitung des bisherigen Rechtszustandes in den dem künftigen Gesetzbuche entsprechenden Zustand ist Aufgabe des Einführungsgesetzes, und daß das Einführungsgesetz diese Aufgabe in Ansehung der Grunddienstbarkeiten oder einzelner Kategorieen derselben nicht lösen könne, ist eine Ansicht, welche durch die Erfahrung widerlegt wird. Die Gesetzgebung hat bei Einführung der Hypothekenbücher in großen Theilen des Reiches keinen Anstand genommen, nicht blos die neuen, sondern auch die alten Hypotheken dem Eintragungszwange zu unterwerfen, und diese Maßregel ist mit Hülfe öffentlicher Aufrufe durchgeführt, ohne erhebliche Klagen über Verletzung wohlerworbener Rechte zu veranlassen. Daß aber das, was in Ansehung der Hypotheken gelungen ist, in Ansehung der nicht so zahlreichen und wirthschaftlich nicht so wichtigen Grunddienstbarkeiten gelingen werde, ist nicht anzunehmen. Zwar ist hiergegen geltend gemacht worden, daß es in den Städten dergleichen Servituten gebe, welche sich in so versteckten Anlagen darstellen, daß ihr Bestand den Betheiligten vor Ablauf einer auch noch so weit bemessenen Ausschlußfrist nicht zum Bewußtsein kommen, sondern häufig erst viel später, wenn der Grund und Boden durchforscht oder Gebäude niedergerissen würden, sich zeigen könne. Allein wenn dies anzuerkennen sein sollte, so würde auch nichts entgegenstehen, daß das Einführungsgesetz die Fortdauer solcher Dienstbarkeiten auch noch nach Ablauf der Ausschlußfrist in Aussicht nähme. Für eine Abweichung von dem Eintragungsprinzipe in Ansehung der künftigen Begründung von Servituten kann hieraus nichts gefolgert werden.

β. persönliche Dienstbarkeiten;

β. Die persönlichen Dienstbarkeiten sind in dem größten Theile Deutschlands dem Eintragungsprinzipe in dem Sinne unterworfen, in welchem die einschlägigen Gesetze dasselbe für die begrenzten Rechte mit Ausschluß der Hypothek und der Grundschuld befolgen. Unzulässig ist die Eintragung in den hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen[1]). In dem vormaligen Herzogthume Lauenburg ist sie statthaft[2]), jedoch anscheinend ohne eine materielle Rechtswirkung zu haben. Das franz. G. B. unterwirft nur den Nießbrauch in gewissen Fällen der Transskription[3]). Nach dem in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze v. 23. März 1855 Art. 2, 3 müssen alle persönlichen Dienstbar-

[1]) Die Praxis nimmt an, daß nur solche Rechte einzutragen sind, deren Eintragung das Gesetz ausdrücklich zuläßt. Eine bezügliche Gesetzesbestimmung ist aber nicht vorhanden.

[2]) Schuld- und Pfandprot. O. v. 26. Mai 1860 § 2.

[3]) Code civil Art. 939, 941, 2118, 2181.

keiten transſkribirt werden, bevor ſie gegen Dritte geltend gemacht werden können. In Bayern, mit Ausſchluß der Pfalz, ſowie in Württemberg und Weimar bedürfen ſie der Eintragung, um den Nachtheilen zu entgehen, von welchen ſie durch das Oeffentlichkeitsprinzip der Hypothekengeſetze dieſer Staaten bedroht ſind[1]). Das ſächſ. G. B. beſtimmt unter § 646: „Die Beſtellung des Nießbrauches und des Gebrauches an unbeweglichen Sachen, mit Ausnahme des Falles, wo die dadurch ertheilten Befugniſſe über den Inhalt von Grunddienſtbarkeiten nicht hinausgehen, ingleichen die Beſtellung der Wohnung und Herberge erfordern, wenn ſie gegen Dritte wirkſam ſein ſollen, welche das Eigenthum oder ein ſonſtiges, durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch begründetes Recht nach der Beſtellung erwerben, Eintragung in das Grundbuch". Im Geltungsbereiche des preuß. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. gehören die perſönlichen Dienſtbarkeiten zu denjenigen dinglichen Rechten, welche, wenn ſie auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, nach § 12 des Geſetzes Wirkſamkeit gegen Dritte nur durch Eintragung erlangen. Hiermit ſtimmen überein die Geſetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. für Oldenburg § 11, Coburg-Gotha § 12, Waldeck und Pyrmont § 12, Lippe-Detmold § 11 und Sondershauſen § 12. In Meiningen und Lübeck hat die Eintragung hier dieſelbe Bedeutung wie hinſichtlich der Grunddienſtbarkeiten[2]). Erforderniß der vertragsmäßigen Begründung einer perſönlichen Dienſtbarkeit iſt die Eintragung in Mecklenburg nach den meiſten Grundbuchs- und Hypothekengeſetzen[3]), in dem vormaligem Herzogthum Naſſau, in Braunſchweig, Anhalt, Altenburg, beiden Reuß und Schaumburg-Lippe[4]).

Bei dieſer Richtung des geltenden Rechtes beſteht vom Standpunkte des Entwurfes kein Bedenken, die vertragsmäßige Begründung der perſönlichen Dienſtbarkeiten dem Eintragungsprinzipe zu unterwerfen. Die Perſonalſerviluten enthalten kein Moment, welches dieſem Prinzipe widerſtrebte oder die Eintragung entbehrlich machte. Sie haben namentlich nichts an ſich von

---

[1]) Siehe für Bayern das Hypoth. Geſ. v. 1. Juni 1822 §§ 22, 25, 32, Roth, bayr. Civ. R. § 156 Nr. 3 und § 185 Note 4, auch Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 32 B; für Württemberg das L. R. II, 13 § 1 und das Pfandgeſ. v. 15. April 1825 Art. 64 ff., dazu Reyſcher, Priv. R. § 243, Wächter, Priv. R. 2 §§ 57, 58, Lang, Sachenrecht § 94; für Weimar das Pfandgeſ. v. 6. Mai 1839 §§ 130 ff.

[2]) Vergl. für Lübeck oben S. 164 und für Meiningen das Geſ., die Anlegung von Grund- und Hypothekenbücher betr., v. 15. Juli 1862 Art. 2.

[3]) Rev. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 1 Nr. 1, § 2 III, 3, § 13 Nr. 1b, § 35 Nr. 3, rev. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 12 Nr. 2, Geſ. über die Grund- und Hypothekenbücher für den Privatgrundbeſitz in den ſchwerinſchen Domänen v. 2. Januar 1854 § 11 Nr. 2, rev. Hypoth. O. für die Landesklöſter ꝛc. v. 8. Dezember 1852 § 14 Abſ. 2, rev. Hypoth. O. für den Privatgrundbeſitz in den ſtrelitzſchen Domänen ꝛc. v. 24. Dezember 1872 § 2 B 2, § 10 Nr. 2, § 21, ratzeburg. Hypoth. O. v. 21. Auguſt 1859 §§ 2, 3, 7.

[4]) Stockb. Geſ. für Naſſau § 8; Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Braunſchweig § 14 und Schaumburg-Lippe § 13; Grundb. Geſ. für Anhalt § 3, Altenburg § 13 Nr. 7 u. § 175, Reuß ä. L. § 4, Reuß j. L. §§ 3, 4. Ebenſo die Entwürfe für Bayern III Art. 303 und Heſſen II, 3 Art. 56, 4 Art. 10; öſterr. G. B. § 481.

der Natur der gemeinen Lasten, welche man von selbst in Anschlag bringt, wenn man den Werth eines Grundstückes schätzt. Von einer Offenkundigkeit kann bei ihnen nicht die Rede sein. Auch wird Niemand behaupten wollen, daß die persönlichen Dienstbarkeiten eine zu geringe Belastung der Grundstücke bildeten, um die mit ihrer Eintragung verbundene Belästigung der Betheiligten und der Buchbehörden zu lohnen. Ein Recht, welches darin bestehen kann, daß es dem Eigenthümer die Nutzung des Grundstückes auf viele Jahre entzieht, kann von dem Eintragungszwange nicht ausgenommen werden, ohne den Werth der Grundbucheinrichtung schwer zu beeinträchtigen.

Der Nießbrauch kann nach § 1011 des Entwurfes veräußert und belastet werden. Das franz. Recht unterwirft diese Geschäfte in gleicher Weise, wie die Begründung des Nießbrauches, der Transskription. Im Uebrigen gestatten die Landesgesetze, wenn man von der Kontroverse des gemeinen Rechtes absieht, nur die Uebertragung der Ausübung dieser Dienstbarkeit, ohne indessen die Eintragung des Aktes vorzuschreiben. Für das preuß. A. L. R. wird die Meinung vertreten, daß die Uebertragung durch Eintragung dingliche Wirkung erhalten könne[1]). Vom Standpunkte des Entwurfes liegt kein Grund vor, der es rechtfertigte, die Veräußerung oder die Belastung des Nießbrauches von der Anwendung des Eintragungsprinzipes auszunehmen. Dasselbe gilt hinsichtlich der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, wenn einer der Fälle vorliegt, in welchen nach § 1047 das Recht veräußert und belastet werden kann[2]).

e) Reallasten; e) Begründung, Uebertragung und Belastung von Reallasten. Die bestehenden Grundb. und Hypoth. Gesetze schreiben für die Reallasten, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, die Eintragung in das Grundbuch bezw. in das Hypothekenbuch meist in demselben Sinne und Umfange vor wie für die persönlichen Dienstbarkeiten[3]). Nach dem sächs. G. B. § 506 und dem bayr. Entw. III Art. 342 können solche Lasten nur durch Eintragung entstehen. Das hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 macht in Ansehung der Geldrenten (Rentepoſten) nicht blos die Begründung des Rechtes, sondern auch die Aenderungen, welche dasselbe erleiden soll, von der Eintragung abhängig. Dasselbe gilt in Lübeck. Der Entwurf kann, wenn der § 828 auf die persönlichen Dienstbarkeiten anzuwenden ist, die Reallasten füglich nicht anders behandeln. Hervorzuheben ist nur noch, daß die Wirksamkeit der auf dem Grundbesitze ruhenden öffentlichen Abgaben (Grundsteuern, gemeinen Lasten ꝛc.), welche nach den sie betreffenden Gesetzen dem Erfordernisse der Eintragung nicht unterliegen, von der Vorschrift des Entwurfes unberührt bleibt[4]).

f) Hypothek; f) Begründung, Uebertragung und Belastung einer Hypothek. Seitdem die preuß. Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts den Grundsatz aufgestellt hat, daß Pfandrechte an Grundstücken nur durch Eintragung

---

[1]) Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 282 Ziff. 4.
[2]) Vergl. § 1048.
[3]) Siehe die S. 168, 169 angeführten Gesetze.
[4]) Vergl. oben S. 153 (6).

in das Hypothekenbuch entſtehen können, hat ſich in Deutſchland die Ueberzeugung Bahn gebrochen und befeſtigt, daß ein den berechtigten Bedürfniſſen des Grundbeſitzes entſprechender Realkredit bei Zulaſſung nicht eingetragener Hypotheken nicht zu haben iſt. Selbſt das franz. G. B. mit ſeinen nicht erkennbaren Hypotheken knüpft doch die weſentlichſten Wirkungen der vertragsmäßigen und der richterlichen Hypothek gegen Dritte an die Inſkription[1]). In Hamburg und Lübeck ſowie in dem vorm. Herzogthume Lauenburg ſtehen nicht eingetragene Pfandrechte, ſoweit ſolche überhaupt noch zuläſſig ſind, den eingetragenen Poſten nach[2]). In dem Gebiete der vorm. Landgrafſchaft Heſſen gilt im Weſentlichen noch das röm. Pfandrecht[3]), ebenſo als Regel für die Rittergüter in dem zu Mecklenburg-Strelitz gehörigen Fürſtenthume Ratzeburg. Von dem eigenartigen Rechte Bremens iſt bereits früher die Rede geweſen[4]). Im Uebrigen beſteht in allen Deutſchen Staaten, ſoweit nicht in denſelben noch die Beſtimmungen des franz. Hypothekenrechtes maßgebend ſind, die geſetzliche Vorſchrift, daß an Grundſtücken nur durch Eintragung Hypothek beſtellt werden kann[5]). Wenn daher in dem Entwurfe für die vertragsmäßige Begründung der begrenzten Rechte die Eintragung in das Grundbuch gefordert wird, ſo bedarf dies in Anſehung der Hypothek einer weiteren Rechtfertigung nicht.

---

[1]) Noch mehr das Transſkript. Geſ. v. 23. März 1855 Art. 6—9.

[2]) Vergl. für Hamburg Baumeiſter, hamb. Priv. R. § 18 Bd. 1. S 120, Geſ. über Grundeigenthum und Hypoth. v. 4. Dez. 1868 §§ 17, 18, 25, 28 und Geſ., betr. Zwangsvollſtr. in das unbew. Vermögen, v. 14. Juli 1879 § 12; für Lübeck die Hypoth. O. v. 22. März 1820 § 39 und das Geſ., betr. die Zwangsvollſtr. ꝛc., v. 16. Juli 1879 § 28; für Lauenburg die Schuld- und Pfandprotok. O. v. 26. Mai 1860 § 20 und das preuß. Ausf. Geſ. zur Konk. O. v. 6. März 1879 § 2.

[3]) Modifizirt durch das Solmſer Landrecht II, 15 § 1, das Kontrakt. Regl. v. 29. Nov. 1769 und das preuß. Ausf. Geſ. v. 6. März 1879 § 2.

[4]) Oben S. 11, 16.

[5]) S. für Preußen A. L. R. I, 20 §§ 8—10, 411, 412 und Geſ. üb. d. Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 18, frankf. Geſ. v. 10. Juni 1837 in Verbindung mit dem Ausf. Geſ. zur Konk. O. v. 6. März 1879 § 2, naſſ. Pfandgeſ. v. 15. Mai 1851 § 20, heſſ. Pfandgeſ. v. 15. Sept. 1858; für Bayern, mit Ausſchluß der Pfalz, Hypoth. Geſ. v. 1. Juni 1822 § 9; für Sachſen G. B. § 387; für Württemberg Pfandgeſ. v. 15. April 1825 Art. 2; für Heſſen, mit Ausſchluß von Rheinheſſen, Pfandgeſ. v. 15. Sept. 1858 Art. 6; für Mecklenburg die verſchiedenen Grundb. und Hypoth. Geſetze, namentlich die rev. Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 § 1, die Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Okt. 1848 § 10, für Oldenburg, mit Ausſchluß von Birkenfeld, Geſ. üb. d. Eigenthumserw. ꝛc. v. 3. April 1876 und v. 28. Jan. 1879 § 18; für Weimar Pfandgeſ. v. 6. Mai 1839 § 57; für Braunſchweig Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 § 26; für Meiningen Geſ., die Anlegung von Grund- und Hypothekenbüchern betr., v. 15. Juli 1862 Art. 9; für Anhalt Grundb. Geſ. v. 8. März 1877 § 2; ferner Geſetze, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Okt. 1852 §§ 3, 34, Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 §§ 3, 34, Reuß ä. L. v. 27. Febr. 1873 §§ 4, 36; Geſetze üb. d. Eigenthumserw. ꝛc. für Coburg-Gotha v. 1. März 1877 § 18, Lippe v. 27. Juli 1882 § 17, Sondershauſen v. 2. Aug. 1882 § 18, Schaumburg-Lippe v. 26. Aug. 1884 § 24; für Rudolſtadt Geſ. v. 6. Juni 1856 § 3.

β. Auf die Fälle der Uebertragung und der Belastung einer Hypothek durch Vertrag kann die Vorschrift des § 828 nur entsprechend angewendet werden, weil nach dem Entwurfe nicht die Hypothek, sondern die Forderung, für welche diese bestellt ist, den unmittelbaren Gegenstand der Uebertragung und der Belastung bildet, so zwar, daß die Rechtsänderung, von welcher die Forderung betroffen wird, zugleich bestimmend ist für das rechtliche Schicksal der Hypothek[1]). Auch ist für die Uebertragung und die Belastung einer Briefhypothek nicht die Eintragung in das Grundbuch, sondern die Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Erwerber des Rechtes Erforderniß der Erwerbung[2]). Die Rechtfertigung dieser Modifikationen des Eintragungsprinzipes bleibt indessen zweckmäßig der Begründung derjenigen Paragraphen vorbehalten, durch welche dieselben bestimmt werden.

g) Grundschuld.

g) Begründung einer Grundschuld. Der Entwurf regelt die Grundschuld so, daß dieselbe von der Briefhypothek sich grundsätzlich nur dadurch unterscheidet, daß sie nicht von einer Forderung abhängig ist. Die Konsequenz hiervon ist, daß das Eintragungsprinzip für die Grundschuld wesentlich dieselbe Bedeutung hat wie für die Briefhypothek[3]).

Soweit das Erforderniß der Eintragung noch für andere Rechtsänderungen, als die unter a bis g berührten, vorgeschrieben wird[4]), genügt es hier, auf die Begründung der betreffenden Vorschriften zu verweisen. Die Regel, welche der § 828 aufstellt, wird einer weiteren Rechtfertigung nicht bedürfen.

II. Bestandtheile des Vertrages:

II. Der zweite Absatz bestimmt, welchen Inhalt der Vertrag haben muß, um unter Hinzutritt der Eintragung die dingliche Rechtsänderung hervorzubringen. Während aber nach denjenigen Gesetzen, welche für die Eintragung und die Erwerbung das Erforderniß des Rechtstitels aufstellen[5]), der obligatorische Vertrag der Titel ist, wird diesem Vertrage von dem Entwurfe ein Einfluß auf den Bestand des dinglichen Rechtes überhaupt nicht zugestanden. Der Vertrag, welchen der § 828 erfordert, ist ein lediglich dinglicher Vertrag, der seinen Inhalt aus dem Zwecke des Geschäftes empfangen muß[6]). Um dies klarzustellen, empfiehlt es sich, die Erklärungen der beiden Vertragschließenden gesondert zu betrachten.

1. Eintragungsbewilligung;

1. Nach der allgemeinen Vertragslehre würde von Seiten des eingetragenen Berechtigten eine Erklärung genügen, welche den auf die Rechts-

---

[1]) Siehe die §§ 1023, 1086, 1087, 1125 Abs. 2, § 1208.

[2]) §§ 1112, 1122.

[3]) Vergl. §§ 1136 ff.

[4]) Vergl. §§ 841, 842, 949, 1107, 1134, 1144.

[5]) Preuß. A. L. R. I, 2 §§ 131—134, I, 9 §§ 2, 9, I, 10 §§ 2, 15—17, I, 18 §§ 80—84, 691, 692, I, 19 §§ 4—6, 12, I, 20 §§ 2, 399, 402, 410, 415, 423, nass. Stockb. Ges § 6 und Pfand Ges. § 22, Franck, Uebersicht des Hypothekenwesens in Frankfurt a. M. §§ 87 ff., Bender, Frankf. Priv. R. § 76, bayr. Hypoth. Ges. §§ 96 ff. (bayr. Entw. III Art. 150, 304, 339, 342, 368, 370); württemb. Pfand Ges. Art. 47 ff., 58 ff., 151 ff.; vergl. auch die Grundb. bezw. Hypoth. Ges. für Hessen, Weimar, Altenburg, Meiningen, Anhalt ꝛc.

[6]) Oben S. 7.

änderung gerichteten Willen desſelben ergiebt. Es würde alſo eine ſtillſchweigende Willenserklärung hinreichen. Die Geſetze, welche auf dem Konſensprinzipe beruhen, machen aber die Eintragung in allen Fällen von einer ausdrücklichen Erklärung abhängig, indem ſie erkennbar davon ausgehen, daß mit dieſem Prinzipe die Berückſichtigung ſtillſchweigender Willenserklärungen unvereinbar ſei. Für den Entwurf handelt es ſich freilich nicht unmittelbar um die formale Vorausſetzung der Eintragung. Allein der angeführte Grund trifft doch auch für das materielle Konſensprinzip inſoweit zu, als das Erforderniß des dinglichen Vertrages erheblich an praktiſchem Werthe verlieren müßte, wenn es nicht eine jeden Zweifel ausſchließende Erklärung des auf die Rechtsänderung gerichteten Vertragswillens verbürgte.

In der näheren Beſtimmung des Inhaltes dieſer Erklärung weichen die gedachten Geſetze nach zwei Richtungen von einander ab.

a) Die eine Abweichung betrifft nur die Eigenthumsübertragung. Nach der mecklenb. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 8 Nr. 3 geſchieht die Verlaſſung, d. i. die Eintragung des neuen Eigenthümers, „bei Geſchäften, unter Lebenden nur auf die ausdrückliche Erklärung des aus dem Buche ſich ergebenden Eigenthümers oder ſeines geſetzlichen Vertreters, daß er ſein Eigenthum dem neuen Erwerber auflaſſe, und des Letzteren, daß er ſolches annehme“ [1]). Dagegen beſtimmt das preuß. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 2: „Die Auflaſſung eines Grundſtücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuſtändigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des Letzteren, daß er dieſe Eintragung beantrage“ [2]). Auch nach dem hamb. Geſ. v. 4. Dez. 1868 § 4 iſt eine unmittelbar auf die Eintragung gerichtete Erklärung des Veräußerers erforderlich. Für das Gebiet der begrenzten Rechte wird dieſes Erforderniß in allen das Konſensprinzip befolgenden Geſetzen aufgeſtellt.

Mit Rückſicht auf die Vorſchrift des mecklenb. Rechtes kann es ſich fragen, ob die Erklärung des eingetragenen Berechtigten auf die materielle Seite des Geſchäftes (die Eigenthumsübertragung, die Hypothekbeſtellung ꝛc.) oder auf die formelle Seite desſelben (die Bewilligung der Eintragung des Eigenthumsüberganges, der Hypothek ꝛc.) abgeſtellt werden ſoll. Eine ſachliche Verſchiedenheit zwiſchen dieſem und jenem Standpunkte iſt kaum vorhanden. Denn bei der allgemein vorauszuſetzenden Kenntniß des Geſetzes darf nicht bezweifelt werden, daß der eingetragene Berechtigte, welcher die Eintragung einer von ihm bezeichneten Aenderung in ſeinem Rechte bewilligt, auch die mit der Eintragung ſich vollendende Rechtsänderung ſelber will. Dem Zuſammenhange aber, in welchem das Konſensprinzip und das Eintragungsprinzip mit einander ſtehen, trägt das Geſetz beſſer Rechnung, wenn es die Eintragungsbewilligung

---

[1]) Sachlich ebenſo die Grundb. Geſ. für den Privatgrundbeſitz in dem Domanium ꝛc. (Schwerin) v. 2. Januar 1854 § 7 und (Strelitz) v. 24. Dez. 1872 § 25.

[2]) Mit dem preuß. Geſ. ſtimmen weſentlich überein die Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunſchweig, Waldeck, Sondershauſen, Lippe, Schaumburg-Lippe.

erfordert. Durch dieses Erforderniß wird jedenfalls der Abschluß des dinglichen Vertrages sehr vereinfacht und der Inhalt desselben gegen irrthümliche Auslegung geschützt. Nach dem Entwurfe ist die Eintragungsbewilligung ein wesentlicher Bestandtheil des Vertrages.

b) Der andere Punkt, in welchem die betreffenden Gesetze von einander abweichen, beruht in der Auffassung des Antrages, ohne welchen die Buchbehörde nicht eintragen darf. Das hamb. Ges. verlangt unter § 4 stets einen Antrag des eingetragenen Berechtigten, wenn eine von dessen Willen abhängende Eintragung erfolgen soll. Dasselbe gilt als Regel nach den mecklenb. Gesetzen. Das preuß. Ges. dagegen und die ihm nachgebildeten Gesetze stellen für die Eintragung und bezw. die durch dieselbe sich vollendende Rechtsänderung schlechthin die Eintragungsbewilligung als Erforderniß auf. Nur hinsichtlich der Hypothek und der Grundschuld wird von einigen Schriftstellern die Meinung vertreten, daß diese Rechte nur auf den Antrag des eingetragenen Eigenthümers eingetragen werden können, die Bewilligung desselben mithin in der Form des Antrages erklärt werden müsse, um die Eintragung zu rechtfertigen[1]). Ob freilich eine auf die Bewilligung des Eigenthümers, aber nicht auf dessen Antrag vollzogene Eintragung für wirkungslos gehalten wird, ist nicht ersichtlich.

Der Eintragungsantrag ist an sich nur ein Moment des Verfahrens, welches in der Grundbuchordnung zu regeln ist. Würde in dem bürgerlichen Gesetzbuche vorgeschrieben, daß der dingliche Vertrag den Antrag des eingetragenen Berechtigten auf Eintragung der Rechtsänderung enthalten müsse, so würde die Folge die sein, daß die nicht in der Form des Antrages erklärte Eintragungsbewilligung nicht als Vertragserklärung gälte und die im Einklange mit ihr auf den Antrag des Erwerbers vorgenommene Eintragung wirkungslos wäre[2]). Welchen Zweck aber für den Entwurf ein solcher Formalismus haben sollte, bleibt unerfindlich. Er paßt nicht in das System des dinglichen Vertrages. In diesem ist kein Raum für einen an die Buchbehörde zu richtenden Antrag. Die Eintragsbewilligung, welche der § 816 fordert, ist eine von dem eingetragenen Berechtigten gegenüber dem anderen Vertragschließenden abzugebende Vertragserklärung, während die Erklärung, auf welche in Hamburg und Mecklenburg die Eintragung erfolgt, ein einseitiger Akt ist, welcher seinem Zwecke gemäß der Buchbehörde gegenüber vorgenommen werden und aus diesem Grunde die Form des Antrages haben muß.

2. Annahmeerklärung des Erwerbers.

2. Von Seiten desjenigen, für welchen die Eintragung bewilligt wird, bedarf es einer die Annahme der Bewilligung ergebenden Erklärung. In dieser Hinsicht liegt kein Grund vor, den dinglichen Vertrag anders zu regeln als den Vertrag überhaupt[3]). Eine Formalisirung der Erklärung würde für die Annahme noch weniger gerechtfertigt sein als für die in der Eintragungsbewilligung enthaltene Offerte. Der Entwurf muß es daher namentlich

---

[1]) Förster, Priv. R. 3. Aufl., 3 S. 458 Note 17; Bahlmann, Grundb. R. 3. Aufl. Note 2c zu § 19 Nr. 1.

[2]) § 78 Abs. 1, § 91 Abs. 2 Satz 1.

[3]) Vergl. insbes. §§ 72, 77, 78, 83.

ablehnen, denjenigen Gesetzen, welche die Auflassung so gestalten, daß der Erwerber seine Eintragung als Eigenthümer zu beantragen hat, in diesem Punkte zu folgen.

III. Bindung an den Vertrag.

III. In dem dritten Absatze des § 828 wird die Frage entschieden, wann der dingliche Vertrag für die Vertragschließenden bindend ist. Daß die Landesgesetze diese Frage unentschieden lassen, kann nicht auffallen, wenn man beachtet, daß diejenigen, in welchen die Theorie des Rechtstitels zur Anerkennung gelangt ist, den obligatorischen Vertrag als Titel zur Eintragung bezw. als Rechtsgrund der Erwerbung verwerthen, in denjenigen aber, welche auf dem Konsensprinzipe beruhen, die materielle Seite desselben nur wenig berücksichtigt und jedenfalls das Prinzip des dinglichen Vertrages mit Bewußtsein nicht befolgt wird. Der Entwurf dagegen kann eine besondere Bestimmung darüber, in welchem Zeitpunkte die Bindung der Vertragschließenden eintreten soll, nicht entbehren, weil dieser Zeitpunkt nach den Vorschriften des Allgemeinen Theiles über Rechtsgeschäfte bezw. Verträge sich nicht in befriedigender Weise bestimmen läßt[1]). Bei Anwendung dieser Vorschriften würde es vor Allem darauf ankommen, wie die Eintragung in ihrem Verhältnisse zu den Vertragserklärungen aufgefaßt wird.

Eine weit verbreitete Auffassung ist die, daß die Eintragung die Form des mit ihrer Hülfe die Rechtsänderung bewirkenden Vertrages sei. Nach dieser Auffassung würde, so lange nicht eingetragen wäre, der Vertrag unvollendet und folglich jeder der beiden Betheiligten zum Widerrufe seiner Erklärung berechtigt sein. Ein solches Ergebniß aber ist nicht annehmbar, einmal, weil der Zeitpunkt der Eintragung dem Einflusse der Vertragschließenden entzogen ist, sodann weil die willkürliche Widerruflichkeit geeignet wäre, Treu und Glauben zu erschüttern und damit die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden.

Nach einer anderen Auffassung ist die Eintragung als gesetzliche Bedingung der vertragsmäßigen Rechtsänderung anzusehen. Die Konsequenz hiervon würde die sein, daß der Vertrag mit seinem Abschlusse, d. h. hier dem Zeitpunkte, in welchem die gegenseitigen Erklärungen der Vertragschließenden zusammentreffen, vollendet wäre. Es erscheint auch in der That nicht bedenklich, in denjenigen Fällen, in welchen diese Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgegeben werden, mit ihrer Abgabe die Vertragschließenden als gebunden anzusehen. Bedenklich dagegen wäre die sofortige Bindung, wenn außerhalb des Grundbuchamtes der Vertrag unter den Parteien geschlossen wird. Sie würde die Verfügung über das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken zu sehr erleichtern, ja die Mobilisirung des Grundbesitzes in gewissem Sinne fördern. Eine ausreichende Gewähr dafür, daß nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte am Grund und Boden verfügt wird, erhält man nur, wenn eine Gebundenheit der Vertragschließenden vor der Eintragung erst mit dem Zeitpunkte eintritt, in welchem dieselben ihrerseits Alles gethan haben, was das Gesetz verlangt, um die Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen. Dies kann aber in den Fällen der Vertragschließung außerhalb des Grundbuchamtes

[1]) Vergl. §§ 77, 87, 91 Abs. 2 Satz 1.

nur der Zeitpunkt sein, in welchem die Vertragschließenden den Vertrag dem Grundbuchamte zur Eintragung einreichen.

Eine andere Entscheidung dagegen erheischt der Fall, wenn die Eintragung dem Vertrage gemäß erfolgt ist. In diesem Falle sind die Erfordernisse der Rechtsänderung erfüllt, der Vertrag ist mithin für beide Theile bindend, gleichviel ob die Eintragung als Form des Vertrages oder als gesetzliche Bedingung der Wirksamkeit desselben aufgefaßt wird. Schriebe das Gesetz positiv vor, daß ungeachtet der Eintragung die Vertragschließenden nur gebunden wären, wenn sie den Vertrag dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht hätten, so wäre diese Handlung die Form des Vertrages. Zu einer solchen Formalisirung aber liegt ein zwingender Grund nicht vor. Nimmt kein Theil seine dem anderen abgegebene Erklärung vor der Eintragung zurück, so ist die Ernstlichkeit des Willens beider klar, und es hieße sichtbar Treu und Glauben gefährden, wenn man nach vollzogener Eintragung die Gebundenheit des einen Theiles blos um deswillen verneinen wollte, weil nur der andere Theil die Eintragung nachgesucht hätte.

IV. Eintritt von Tod oder Geschäftsunfäh. eines Vertragschl. vor der Bindung.

IV. Durch die Vorschrift des vierten Absatzes wird dem Eintritte des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit eines Vertragschließenden der Einfluß auf die Wirksamkeit des noch nicht bindend gewordenen Vertrages entzogen. Eine solche Vorschrift ist nöthig, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob der Vertrag erst mit der Bindung wirksam werde und folglich, wenn vorher einer der Vertragschließenden stirbt oder die Geschäftsfähigkeit verliert, als nicht geschlossen anzusehen sei. Wenn freilich der Vertrag vor dem Grundbuchamte geschlossen wird, so fällt die Bindung mit dem Abschlusse zusammen. Im Uebrigen aber decken beide Begriffe sich nicht. Vielmehr liegt auch in dem nicht vor dem Grundbuchamte erfolgten Abschlusse des Vertrages ein Thatbestand, welcher, wenn kein Theil seine Erklärung zurückzieht, unter Hinzutritt der Eintragung in das Grundbuch die dem Vertrage entsprechende Rechtsänderung bewirkt. Ist einmal ein solcher Thatbestand geschaffen, so darf man mit Rücksicht auf § 74 Abs. 3 und 4 dem Eintritte des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit eines Vertragschließenden nicht dieselbe Wirkung beilegen wie dem Rücktritte vom Vertrage, weil die Lage der Vertragschließenden bezw. der Rechtsnachfolger oder Vertreter derselben, welchen das Rücktrittsrecht verbleibt, durch den Eintritt einer jener Thatsachen nicht berührt wird.

Anhang. Vorbehalte für die Grundbuchordnung.

Gestaltung des Verfahrens in Grundbuchsachen.

Die tief in das Verkehrsleben einschneidende Bedeutung, welche die Eintragung in das Grundbuch für die Rechte am Grund und Boden nach dem Entwurfe hat, läßt sich nur rechtfertigen, wenn das Gesetz die Gewähr dafür bietet, daß Eintragungen, welche das Recht eines Betheiligten verletzen, möglichst ausgeschlossen bleiben. Diese Gewähr wird dadurch geleistet, daß die Buchführung nicht allein öffentlichen Behörden bezw. Beamten übertragen, sondern zugleich unter den Schutz von Normen gestellt wird, welche die Befolgung der Vorschriften des materiellen Rechtes sicherstellen. Wenn hiernach

einerseits das Verfahren in Grundbuchsachen so zu regeln ist, daß es dem Verkehre die nöthige Rechtssicherheit verbürgt, so findet andererseits dieses Ziel eine gewisse Schranke an dem Bestreben des Verkehres, sich frei zu bewegen, in der Erfüllung seiner Aufgaben nicht durch das Eingreifen von Behörden gehemmt zu werden. Deshalb ist das Verfahren thunlichst einfach zu gestalten, namentlich das Legalitätsprinzip in der Richtung zu begrenzen, daß die Prüfung verwickelter Verhältnisse und die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen den Grundbuchbeamten nicht zugemuthet wird. Nur wenn die Gesetzgebung diesen Gedanken verwirklicht, kann sie darauf rechnen, daß die mit dem Grundbuchsysteme verbundene Erschwerung der Geschäfte nicht zu einer die Freiheit des Verkehres störenden Belästigung des Publikums ausartet.

Nach dem Systeme des Entwurfes erfolgt die Regelung des Verfahrens in der Grundb. O. Zum Verständnisse des § 828 und zur Beurtheilung der Tragweite desselben muß indessen schon hier auf diejenigen Vorschriften näher eingegangen werden, welche nach der dem § 828 beigefügten Note unter a bis h der Grundb. O. vorbehalten sind.

a) Die Verläßlichkeit der Buchführung ist nicht zum Geringsten dadurch bedingt, daß die Erklärungen, welche in Beziehung auf dieselbe von den Betheiligten bei der Buchbehörde abzugeben sind, von dieser ordnungsmäßig entgegengenommen und protokollirt werden. Es bedarf deshalb Vorschriften darüber, wie die Grundbuchämter hierbei zu verfahren haben und welche Anforderungen an die von ihnen aufzunehmenden Protokolle zu stellen sind. a) Protokollirung

b) Der angeführte Grund nöthigt ferner zur gesetzlichen Regelung des der Buchbehörde zu führenden Nachweises der Eintragungsbewilligungen. Die Landesgesetze gehen fast sämmtlich davon aus, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch bezw. in das Hypothekenbuch erfolgen soll, in zweifelloser Echtheit vorliegen müssen. In den meisten Staaten haben die Betheiligten die Wahl, ob sie den betreffenden Akt von der Buchbehörde zu Protokoll nehmen lassen[1]) oder in einer beweiskräftigen Urkunde vorlegen wollen. b) Nachweis einer Eintragungsbewilligung.

α. Die Erklärung der Eintragungsbewilligung zum Protokolle des Grundbuchamtes entspricht den geschäftlichen Gewohnheiten großer Volkskreise in umfangreichen Gebieten des Reiches, namentlich in Nord- und Mitteldeutschland, aber auch in Württemberg und Baden. Sie kann, ohne die Interessen der Betheiligten unter Umständen zu gefährden, von der Reichsgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden, da sie allein die Erklärung vor dem offenen Grundbuche ermöglicht, hierin aber der wirksamste Schutz gegen die α. Erklärung vor dem Grundbuchamte.

[1]) Es folgt dies schon daraus, daß in dem größten Theile des Reiches die Amtsgerichte, welchen die Führung der Immobilienbücher obliegt, auch im Uebrigen die freiwillige Gerichtsbarkeit verwalten. Vergl. für Preußen die Grundb. O. v. 5. Mai 1872 §§ 31 ff., die Verf. des J. M. v. 1. Sept. 1872, J. M. Bl. S. 176, und das Ausf. Ges. zum deutschen Gerichtsverf. Ges. v. 24. April 1878 §§ 12, 25, 26, 31; für Mecklenburg die revid. Instr. für den Stadtbuchbetrieb Ziff. 8, für Hamburg das Ges. v. 4. Dezember 1868 § 49.

mit dem zeitlichen Auseinanderfallen der Erfordernisse des Rechtserwerbes verbundenen Gefahren zu finden ist.

Es ist auch nicht zu besorgen, daß die Grundbuchbeamten insoweit, als sie nicht aus der Zahl der zum Richteramte befähigten Personen hervorgehen, die zur Aufnahme einer Eintragungsbewilligung nöthige Vorbildung nicht haben sollten. Denn ein Beamter, welcher das Grundbuch zu führen und also auch die Eintragungsbewilligungen auf deren Zulässigkeit und Vollständigkeit zu prüfen hat, wird stets auch befähigt sein, so einfache Erklärungen zu Protokoll zu nehmen.

Ein anderes Bedenken ergiebt sich aus der Rücksicht auf die Verhältnisse in Bayern. Nach dem bayer. Notar. Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 14 sind „über alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesem gleichgeachteter Rechte, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten". Durch diese Bestimmung ist die Zuständigkeit der Gerichte, und zwar auch insoweit, als dieselben die Obliegenheiten des Hypothekenamtes in Gemäßheit des Ges. v. 1. Juni 1822 wahrnehmen, für die Aufnahme der weitaus meisten Urkunden, welche die Unterlage für die Eintragungen in die Hypothekenbücher bilden, beseitigt. Wenn nun die Reichsgesetzgebung den zur Führung der Grundbücher berufenen Behörden die Zuständigkeit beilegt, Eintragungsbewilligungen und also auch dingliche Verträge zu Protokoll zu nehmen, so wird dies für Bayern die Folge haben, daß die Geschäfte der Notare eine gewisse Verminderung erfahren. Man hat hieran die Besorgniß geknüpft, daß das bayerische Notariat in seiner Existenz bedroht sein, hieraus aber schwere finanzielle Lasten und Haftungen für die Staatskasse entstehen würden. Indessen muß hiergegen darauf hingewiesen werden, daß die Absicht keineswegs die ist, die Grundbuchämter mit der Befugniß zur Aufnahme beliebiger Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszustatten, daß daher die in Aussicht genommene Vorschrift das Exklusivrecht der Notare insoweit, als eine Eintragungsbewilligung nicht aufzunehmen ist, unberührt lassen wird und daß für andere Gebiete, in welchen das Notariat eine ähnliche Stellung einnimmt wie in Bayern, eine Befürchtung wie die erwähnte bisher, so viel bekannt, sich nicht geltend gemacht hat. Jedenfalls wiegt die Rücksicht auf die Verhältnisse der Notare in einzelnen Bundesstaaten nicht so schwer, daß es sich rechtfertigte, den Grundbuchämtern eine Zuständigkeit zu versagen, zu welcher dieselben, weil sie das Grundbuch stets zur Hand haben, vorzugsweise berufen und befähigt sind.

β. Erklärung in einer öffentlich beglaubigten Urkunde.

β. Die Eintragung auf Grund einer nicht vor dem Grundbuchamte erklärten Bewilligung ist anscheinend nur in Lübeck und Hamburg unstatthaft[1]). Für ein großes Rechtsgebiet wie das Deutsche Reich kann sie nicht ausgeschlossen werden, weil die Verweisung der Betheiligten an das Grundbuchamt in zahlreichen Fällen den Verkehr ganz außerordentlich belästigen und erschweren würde. Das mecklenb. Recht geht in dem Bestreben,

[1]) Nach dem hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 § 49 sind die zu den Einschreibungen erforderlichen Konsense und Anträge ohne Ausnahme zum Protokolle der Buchbehörde zu erklären.

den Geschäftsverkehr zu erleichtern, so weit, daß es regelmäßig nicht einmal die Beglaubigung der zur Begründung eines Eintragungsantrages dienenden Urkunden fordert[1]). Dagegen lassen die bezüglichen Gesetze anderer Staaten die Eintragung auf Grund von Urkunden, welche in einfacher Schriftform errichtet sind, nicht zu. In Hessen und Weimar müssen in der Regel gerichtliche Urkunden vorliegen[2]). In Bayern werden, wie oben erwähnt, Notariatsurkunden verlangt. Die Gesetze für Sachsen, Württemberg[3]), Baden[4]) ꝛc. schreiben die Vorlegung öffentlicher Urkunden vor. Dabei wird in Sachsen, Altenburg und Reuß der Begriff einer solchen Urkunde dahin erläutert, daß dieselbe, wenn sie von einer Privatperson ausgestellt ist, gerichtlich oder notariell aufgenommen oder anerkannt sein muß[5]). In Meiningen und in Anhalt setzt jede Eintragung den vollständigen Nachweis des Rechtsgrundes bezw. der Eintragungsbewilligung voraus[6]). Nach der preuß. Grundb. O. v. 5. Mai 1872 § 33 müssen die zu einer Einschreibung nöthigen Urkunden gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein. Dasselbe wird in den Grundb. O. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. vorgeschrieben.

Der Standpunkt des mecklenb. Rechtes, der in den lokalen Verhältnissen der beiden Großherzogthümer seine Rechtfertigung finden mag, eignet sich nicht für eine Grundbuchordnung, welche mit den verschiedenartigsten Verhältnissen in einer Mehrheit von Staaten zu rechnen hat. Die Zuverlässigkeit des Grundbuchinhaltes würde nicht überall in Deutschland gewährleistet werden können, wenn die Eintragung auf unbeglaubigte Erklärungen gestattet würde. Für die Reichsgesetzgebung kann es sich nur fragen, wie dem Grundbuchamte die Echtheit einer die Eintragungsbewilligung enthaltenden Urkunde dargethan werden soll.

Es wäre möglich, den Buchbehörden die Pflicht aufzuerlegen bezw. das Recht einzuräumen, durch Vernehmung des angeblichen Ausstellers der Urkunde sich die erforderliche Gewißheit zu verschaffen. Allein dieser in der württembergischen und der badischen Gesetzgebung[7]) vorgezeichnete Weg würde in den zahl-

---

[1]) Revid. Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Okt. 1848 § 36 Nr. 4, revid. Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 § 42, Dominialhypoth. O. für Schwerin v. 2. Jan. 1854 § 41.

[2]) Ges., die Erwerbung des Grundeigenthumes ꝛc. in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betr., v. 21. Februar 1852 Art. 4, 8 ff., Ges., das Pfandrecht in denselben Provinzen betr., v. 15. Sept. 1858 Art. 29; Pfandges. für Weimar v. 6. Mai 1839 § 216.

[3]) Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 99.

[4]) Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandb. v. 6. (23.) April 1868 §§ 53, 65, 113.

[5]) Sächs. Verordn. v. 9. Jan. 1865 § 170; Ges., die Grund- und Hypothekenb. ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Okt. 1852, Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 und ä. L. v. 27. Febr. 1873 § 146.

[6]) Grundb. Ges. für Meiningen v. 15. Juli 1862 Art. 25 und 26, für Anhalt v. 11. März 1877 § 23.

[7]) Vergl. für Württemberg das Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 163 ff. und 170 ff., für Baden die Anleitung ꝛc. v. 6. (23.) April 1868 §§ 36, 53 ff., 90, 106.

reichen Fällen nicht zum Ziele führen, in welchen die Ladung vor das Grundbuchamt nicht ausführbar ist oder von dem Geladenen nicht befolgt wird. Es kann deshalb hier dahingestellt bleiben, ob ein solches Verfahren überhaupt sich empfiehlt. Die gesetzliche Lösung der oben gestellten Frage würde durch dasselbe nicht entbehrlich werden.

Eine nähere Prüfung dieser Frage ergiebt zunächst, daß die Eintragungsbewilligung im Zweifel vollständig erwiesen ist, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde vorliegt, sodann aber auch, daß das Gesetz eine solche Urkunde nicht als unerläßliche Voraussetzung der Eintragung verlangen kann, weil hierdurch eine wegen ihrer Umständlichkeit und Kostspieligkeit für die Betheiligten überaus lästige Form, wenn auch nur mit der Bedeutung einer Ordnungsvorschrift für das Verfahren, geschaffen werden würde. Zur Erleichterung des Verkehres und zur Verminderung der ohnehin mit der Bucheinrichtung verbundenen Kosten muß es genügen, wenn die Erklärung gerichtlich oder notariell beglaubigt ist. Die Einwendungen, welchen diese Lösung ausgesetzt ist, sind nicht zutreffend bezw. nicht erheblich.

Unzutreffend ist vor Allem der Einwand, daß die Beglaubigung das Publikum in gleicher Weise beläſtige wie die Errichtung einer öffentlichen Urkunde. Denn jene Form erfordert ihrem Wesen nach weniger Zeit und Mühe und auch geringere Kosten als diese. Das weitere Bedenken aber, daß das Gesetz mit der Zulassung blos beglaubigter Erklärungen auf jede Bürgschaft für die sachgemäße Abfassung derselben verzichte, ist hier ebenfalls nicht am Platze. Der Entwurf verhält sich auch sonst ablehnend gegen den Standpunkt, durch besondere positive Vorschriften für das Interesse der Betheiligten in der zweckmäßigen Besorgung ihrer Geschäfte einzutreten. Bezüglich der Eintragungsbewilligung aber ist eine solche Vorschrift um so mehr entbehrlich, als die Erklärung derselben in Folge ihrer abstrakten Natur ein überaus einfaches Geschäft ist. Scheinbar erheblicher ist der Einwand, daß bei der Beglaubigung der Unterschriften die Urkundsperson sich einer Prüfung der Geschäftsfähigkeit desjenigen, welcher sich zu der Unterschrift bekennt, leicht überhoben erachten könnte, mithin die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei, daß Erklärungen geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen dem Grundbuchamte vorgelegt werden, ohne daß dieses Hinderniß der Wirksamkeit einer Erklärung aus der Urkunde oder deren Beglaubigung sich ersehen lasse. Allein es ist davon auszugehen, daß die Landesgesetze eine solche Auffassung der Obliegenheiten der zur Beglaubigung berufenen Urkundspersonen nicht gestatten. Erkennt Jemand vor Gericht oder Notar seine Unterschrift unter einer Urkunde an, so muß die Urkundsperson verpflichtet sein, bevor sie zur Beglaubigung der Unterschrift schreitet, die Fähigkeit des Ausstellers zur Abgabe des Anerkenntnisses festzustellen. Auch darf sie in jedem Falle und namentlich auch dann, wenn die Unterschrift in ihrer Gegenwart vollzogen ist, die Beglaubigung nur auf Verlangen vornehmen, mithin nicht ohne vorher die Ueberzeugung gewonnen zu haben, daß der Unterzeichner fähig ist, dieses Verlangen zu stellen. Ein Geschäftsunfähiger muß daher zurückgewiesen, ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter nach Befinden zwar zugelassen, aber als solcher in dem Beglaubigungsvermerke bezeichnet werden.

Ein letztes Bedenken endlich gründet sich darauf, daß die Urkundsperson von dem Inhalte der zu beglaubigenden Urkunde keine Kenntniß nehmen dürfe, mithin ein bloßes Blanquet zu beglaubigen in die Lage kommen könne. Allein der Uebelstand, welcher hierin liegen mag, ist mehr theoretischer als praktischer Natur. Die Erfahrungen, welche in einem großen Theile des Reiches, namentlich in Preußen, mit der Beglaubigung der Unterschriften gemacht sind, haben Mißbräuche nicht zu Tage gefördert. Schutz gegen Fälschungen gewährt das Strafgesetz, und die bloße Namensunterschrift, über welcher nichts geschrieben steht, ist kein Gegenstand der Beglaubigung.

Die Zuständigkeit der Gerichte und der Notare für die Beglaubigung von Urkunden kann nach Lage des geltenden Rechtes nicht die Bedeutung haben, daß nicht auch die Beglaubigung durch eine nichtrichterliche Behörde genügen sollte[1]). So lange die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht reichsgesetzlich geregelt ist, richtet sich die Zuständigkeit auf ihrem Gebiete nach dem Landesrechte. Eine Konsequenz hiervon ist, daß die Bundesstaaten freie Hand haben, nicht blos die Gerichte von der Beglaubigung auszuschließen oder die Anstellung von Notaren zu unterlassen, sondern auch nichtrichterliche Behörden mit der Beglaubigung zu betrauen. In diese Konsequenz wird hier nicht eingegriffen.

γ. Tragweite der Vorschr. zu α. und β.

γ. Die Vorschrift, welche unter α. und β. gerechtfertigt ist, gehört in die Grundb. O., weil sie das Verfahren regelt, welches die Buchbehörde zu beobachten hat, wenn von ihr eine Eintragung auf Grund der Bewilligung des leidenden Theiles begehrt wird, gleichviel, ob die Bewilligung den Bestandtheil eines dinglichen Vertrages bildet oder nicht. Sie hat also nicht die Tragweite, daß eine Eintragungsbewilligung, welche weder durch das Protokoll des Grundbuchamtes noch durch eine öffentlich beglaubigte Schrift beurkundet ist, nichtig und also die auf Grund einer mündlichen oder zwar schriftlichen aber nicht beglaubigten Bewilligung vollzogene Eintragung wirkungslos wäre. Eine Formvorschrift in diesem Sinne müßte in hohem Grade bedenklich erscheinen, nachdem der Entwurf in seinem allgemeinen Theile unter § 91 für das Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte sich entschieden hat. Sie ist aber auch entbehrlich; denn ihr Zweck wird im Wesentlichen erreicht, wenn in der Grundb. O. dem Grundbuchamte die Anweisung ertheilt wird, Eintragungen auf Grund der Bewilligung des leidenden Theiles nur vorzunehmen, wenn dieselbe entweder zum Protokolle der Behörde erklärt oder öffentlich beglaubigt ist. Die Bürgschaft für die Befolgung dieser Anweisung liegt in der den Buchbeamten obliegenden Pflicht, gesetzmäßig zu verfahren. Für die Fälle, in welchen die Bewilligung als Bestandtheil des dinglichen Vertrages sich darstellt, ist auch schon durch die Vorschrift des § 828 Abs. 3 dafür gesorgt, daß dieser Vertrag bezw. die Eintragungsbewilligung in der vorgeschriebenen Weise protokollirt oder anderweit beglaubigt wird. Bei der einseitigen Bewilligung liegt allerdings die Möglichkeit einer Eintragung auf Grund einer mündlichen Erklärung weniger fern. Allein wegen der voraussichtlich doch immer nur äußerst seltenen, eine instruktionswidrige Handlung

[1]) Vergl. die §§ 301, 308.

des Buchbeamten voraussetzenden Fälle ist eine materielle Formvorschrift nicht gerechtfertigt. Vielmehr erscheint es unbedenklich, in solchen Fällen die Eintragung gelten zu lassen, es sei denn, daß die Ernstlichkeit der mündlichen Erklärung verneint werden muß. Wird endlich durch die Eintragung eine Rechtsänderung überhaupt nicht herbeigeführt, sondern nur das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gesetzt, so ist gar kein Grund vorhanden, die Eintragung in ihrer Wirksamkeit von anderen Voraussetzungen abhängig zu machen als von der Richtigkeit ihres Inhaltes. Eine Prozedurvorschrift ist daher ausreichend.

e) Vertretung des zu einer Eintragungsbewill. Berechtigten durch den anderen Theil.

c) Der Entwurf hat keine Bestimmung darüber, ob Jemand als Stellvertreter eines Anderen ein Rechtsgeschäft mit sich selber vornehmen kann. Es beruht dieses Schweigen auf der Erwägung, daß die Frage vom juristischen Standpunkte bejaht werden müsse, daß freilich hieraus für gewisse Verhältnisse Unzuträglichkeiten entstehen könnten, daß aber andererseits auch durch eine das sog. Kontrahiren mit sich selbst verbietende Vorschrift die Interessen der Betheiligten nicht selten schwer verletzt werden würden, daß es daher das Angemessenste sei, im Allgemeinen bei der juristischen Konsequenz zu verbleiben und nur für die besonderen Verhältnisse, für welche dieselbe zu unannehmbaren Ergebnissen führen müßte, die Vornahme des Rechtsgeschäftes durch dieselbe Person zu verbieten. Von diesem Standpunkte ist es nicht zweifelhaft, daß die rechtliche Möglichkeit des Kontrahirens mit sich selbst namentlich dann vorhanden ist, wenn die Erklärungen einer dritten Person bezw. einer Behörde gegenüber abgegeben werden. Es kann also, wenn das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, Jemand, der von einem eingetragenen Berechtigten zur Uebertragung oder zur Belastung des Rechtes oder zur Begründung eines neuen Rechtes bevollmächtigt ist, die Eintragung der entsprechenden Rechtsänderung für sich selbst bewilligen. Hiermit ist aber die Gefahr des Mißbrauches in hohem Grade verbunden und zwar selbst dann, wenn es sich um die Vertretung nicht im Willen, sondern nur in der Erklärung handelt. Es erscheint deshalb im Interesse der Rechtssicherheit räthlich, ausdrücklich vorzuschreiben, daß die Vollmacht zur Bewilligung einer Eintragung nicht demjenigen ertheilt werden kann, welcher dadurch ein Recht erwerben soll. Hiervon sind auch die Fälle nicht auszunehmen, in welchen die Eintragung in Erfüllung einer dem Machtgeber gegen den Bevollmächtigten obliegenden Verpflichtung zu bewilligen ist. Denn die Prüfung und Entscheidung, ob eine solche Verpflichtung besteht, kann nicht in die Hand des Grundbuchamtes gelegt werden, weil mit dessen Stellung ein Eingehen auf die obligatorischen Verhältnisse der Betheiligten sich nicht vereinigen läßt. Nachdem aber der Entwurf sich einmal dafür entschieden hat, eine allgemeine Vorschrift des Inhaltes, daß Niemand als Stellvertreter eines Anderen ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vornehmen könne, nicht zu treffen, würde die Einstellung einer entsprechenden Vorschrift in das Sachenrecht des Gesetzbuches die Bedeutung haben, daß das im Allgemeinen nicht ausgeschlossene Kontrahiren mit sich selbst ausnahmsweise für den Fall des dinglichen Vertrages unzulässig sein solle. Auf diese Weise würde die grundsätzliche Entscheidung des Entwurfes, die erkennbar nicht ohne Rücksicht auf das Sachenrecht erfolgt ist, zum Theil wieder aufgehoben werden. Hierzu

aber ist ein triftiger Grund um so weniger vorhanden, als der Zweck, welcher durch die besondere Vorschrift erstrebt wird, zum großen Theil auch dadurch erreichbar ist, daß dieselbe als Anweisung für die Buchbehörde in die Grundb. O. aufgenommen wird. Dabei wird dann zugleich darüber zu entscheiden sein, ob nicht über den Fall der Vollmacht hinauszugehen ist. Eine solche Prozedurnorm empfiehlt sich für die Grundbuch O. noch aus einem anderen Grunde. Das sog. Kontrahiren mit sich selbst wird nämlich in manchen Fällen sich als unstatthaft erweisen, sei es auf Grund besonderer Vorschriften, sei es auf Grund von allgemeinen Rechtsnormen, welche die Nichtigkeit des konkreten Rechtsgeschäftes wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung oder wegen Ueberschreitung der Vertretungsmacht ergeben können. Die desfallsige Prüfung aber darf dem Grundbuchamte füglich nicht aufgegeben oder überlassen werden.

d) Der Entwurf befolgt nach dem Vorgange der geltenden Grundb. Gesetze in Beziehung auf den Gegenstand der dinglichen Rechte das Spezialitätsprinzip in dem Sinne, daß immer nur einzelne Grundstücke der sachenrechtlichen Verfügung der Betheiligten unterliegen können[1]). Aus diesem eng mit der Bucheinrichtung verknüpften Prinzipe ergiebt sich, daß in der Eintragungsbewilligung das Grundstück, auf dessen Blatt im Grundbuche eine Eintragung vorgenommen werden soll, bestimmt bezeichnet sein muß[2]). Eine entsprechende Vorschrift ist aber nicht in dem bürgerlichen Gesetzbuche, sondern in der Grundb. O. am Platze. In dem Gesetzbuche würde sie die Tragweite haben, daß eine der bestimmten Bezeichnung des Grundstückes ermangelnde Bewilligung nichtig und, wenn dennoch eingetragen worden, die Eintragung wirkungslos wäre. So weit zu gehen, erheischt aber das praktische Bedürfniß nicht. Es genügt, wenn in die Grundb. O. eine Prozedurvorschrift eingestellt wird, welche den Buchbeamten anweist, eine Eintragungsbewilligung, die eine spezielle Bezeichnung des Grundstückes nicht enthält, nicht zu berücksichtigen. Vom Standpunkte des materiellen Rechtes ist nur zu verlangen, daß die Eintragungsbewilligung wie jede Willenserklärung bestimmt sei. Dies ist aber kein besonderer Grundsatz des Sachenrechtes, sondern ein für alle Theile des Gesetzbuches geltender Satz, welcher sich aus dem Begriffe und der rechtlichen Natur der Willenserklärung von selbst ergiebt. Die einmal vollzogene Eintragung muß wirksam sein, wenn das Grundstück, auf dessen Blatt sie bewirkt worden, das in der Bewilligung gemeinte Grundstück ist. Allerdings wird es hiernach im einzelnen Falle mehr oder weniger von der Willkür des

d) Inhalt der Eintragungsbewilligung.

---

[1]) Die Landesgesetze sprechen das Spezialitätsprinzip meist nur im Hypoth. R. aus, wie es scheint, um die Generalhypothek auszuschließen, so namentlich das bayr. Hypoth. Ges. § 11, das sächs. G. B. § 388, das altenb. Grundb.- und Hypoth. Ges. § 49, die mecklenb. revid. Stadtb. O. §§ 13, 14, das hamb. Ges. über Grundeigenthum ꝛc. §§ 18, 30, die Pfandgesetze für Württemberg, Hessen, Weimar. Auch das preuß. Ges. betont das Spezialitätsprinzip nur in Beziehung auf die Hypothek und die Grundschuld.

[2]) Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Preußen, Oldenburg, Coburg-Gotha § 23, Braunschweig § 31, Waldeck und Pyrmont, Lippe, Sondershausen § 23, Schaumburg-Lippe § 29.

Beamten abhängen, einem Antrage durch Eintragung die Folge der Rechtsänderung zu verschaffen. Allein dieses Bedenken ist nicht von Belang, da, wenn die gedachte Prozedurvorschrift in die Grundb. O. aufgenommen wird, die Gefahr, daß in Ansehung des Gegenstandes undeutliche Erklärungen berücksichtigt werden möchten, nicht zu besorgen ist.

Eine weitere Vorschrift, welche der Grundb. O. vorbehalten bleibt, ist, daß die Eintragungsbewilligung über den Inhalt der zu bewirkenden Eintragung keinen Zweifel lassen darf. Die bestehenden Gesetze gehen meist davon aus, daß der Inhalt einer solchen Vorschrift selbstverständlich sei, bezw. aus den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen der Eintragung sich ergebe[1]). Es wäre auch in der That nicht angemessen, in dem bürgerlichen Gesetzbuche einen derartigen Satz aufzustellen. Derselbe würde dadurch eine ihm nicht zukommende materielle Bedeutung gewinnen und vielleicht gar das Mißverständniß erwecken, als habe die Bewilligung eine Formulirung des in das Grundbuch einzuschreibenden Vermerkes zu enthalten[2]). Die Aufnahme der Vorschrift in die Grundb. O. dagegen rechtfertigt sich hier im Wesentlichen durch die nämliche Erwägung wie in Ansehung der Bezeichnung des Grundstückes.

e) Eintragungsbewilligung als Voraussetzung der Eintragung.

e) Die Gesetze, welche auf dem Konsensprinzipe beruhen, lassen eine Eintragung in das Grundbuch regelmäßig nur zu, wenn der leidende Theil die formelle Erklärung abgegeben hat, daß er die Eintragung bewillige bezw. beantrage[3]). Auch einige Gesetze, nach welchen ein Titel Erforderniß des Rechtserwerbes ist, machen die Eintragung von einer besonderen Bewilligung desjenigen abhängig, gegen dessen eingetragenes Recht dieselbe erfolgen soll[4]); so namentlich das bayr. Hypoth. Ges. §§ 21, 85, 109 ff., 158, das württemb. Pfandges. Art. 173 und das meining. Grundb. und Hypoth. Ges. Art. 26. In das bürgerliche Gesetzbuch indessen ist eine entsprechende Vorschrift nicht aufzunehmen, weil sie hier bedeuten würde, daß der dingliche Vertrag bezw. das Rechtsgeschäft, welches durch die Eintragung sich vollenden soll, das Recht auf Eintragung nur erzeuge, wenn die Erklärung in der Form der Bewilligung abgegeben sei. Eine solche Formalisirung der Erklärung aber würde über das praktische Bedürfniß hinausgehen. Dagegen empfiehlt sich die Vorschrift, daß das Grundbuchamt die Eintragung in der Regel nur auf die Bewilligung des leidenden Theiles vorzunehmen habe, für die Grundb. O., weil sie zur Erleichterung der Buchführung und zur Vereinfachung der Verrichtungen des Grundbuchamtes dient. Wird sie in die Grundb. O. eingestellt, so hat sie die Natur einer Anweisung an die Beamten, sich nicht mit dem Nachweise der

---

[1]) Siehe insbesondere das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 2, 13, 19, 53, 58—60 und dazu die Grundb. O. § 46, die sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 169, 170, das weimar. Pfandges. § 227.

[2]) Diesen Standpunkt vertrat, soviel bekannt, nur der preuß. Entw. eines Hypoth. Ges. von 1864.

[3]) Siehe oben S. 173, 174.

[4]) So hinsichtlich der Hypothek schon das preuß. A. L. R. I, 20 § 403 und überhaupt der bayr. Entw. III Art. 68.

Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung oder mit einer Erklärung zu begnügen, aus welcher die Bewilligung nach den Umständen im Wege der Auslegung herzuleiten ist, sondern die Bewilligung selbst zu fordern. Die Wirkung dieser Anordnung zeigt sich bei Unterstellung des Falles, wenn der Veräußerungswille zwar erklärt ist, aber nicht erklärt ist in der Form der Eintragungsbewilligung; alsdann darf allerdings nicht eingetragen werden, aber der Erwerber kann von dem Veräußerer die Ertheilung der Eintragungsbewilligung verlangen und nöthigenfalls ein richterliches Urtheil erwirken, durch welches die formelle Erklärung ersetzt wird.

f) Ablehnung einer nicht von dem eingetragenen Berechtigten bewilligten Eintragung.

f) Nach § 828 Abs. 1 kann über ein eingetragenes Recht vertragsmäßig nur derjenige verfügen, welchem dasselbe in dem Grundbuche zugeschrieben ist. Hieraus folgt für das Verfahren, daß die zu der Rechtsänderung erforderliche Eintragung nur vorgenommen werden darf, wenn sie von dem eingetragenen Berechtigten bewilligt worden ist. Diese Folgerung muß aus demselben Grunde, wie die Regel unter e), auch dann gezogen werden, wenn die Eintragungsbewilligung nicht als Bestandtheil eines Vertrages, sondern als einseitige Erklärung des Berechtigten sich darstellt. Fraglich kann nur sein, wie sich das Grundbuchamt gegenüber einem Eintragungsantrage zu verhalten hat, der sich auf eine Bewilligung stützt, deren Urheber selbst noch nicht eingetragen ist. Im Allgemeinen ist nicht zweifelhaft, daß ein ungegründeter oder unstatthafter Antrag sofort zurückgewiesen werden muß. Nach einigen Gesetzen indessen hat die Buchbehörde in dem Falle, wenn die Hebung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses alsbald zu erwarten ist, dem Antragsteller die Ergänzung des Antrages aufzugeben, bezw. an derselben durch zweckentsprechende Maßregeln mitzuwirken[1]). Liegt also das Hinderniß darin, daß der Urheber der Bewilligung seine eigene Eintragung noch nicht erlangt hat, so bildet zunächst diese Eintragung das Ziel, auf welches die Behörde die geeigneten Schritte zu lenken hat. Das Verfahren gestaltet sich dann zu einer förmlichen Instruktion des Eintragungsgesuches, welche dem prozessualischen Verfahren verwandt, mit den schützenden Formen desselben jedoch nicht ausgestattet ist. Eine solche Instruktion führt nothwendig zu einer Ueberspannung des Legalitätsprinzipes, bei welcher die Beamten mit Arbeiten überhäuft werden, das betheiligte Publikum mancherlei Belästigungen ausgesetzt und jedenfalls eine prompte Erledigung der Geschäfte nicht zu haben ist. Die Unterscheidung zwischen ungegründeten (unstatthaften) und verbesserungs- oder ergänzungsfähigen Eintragungsgesuchen ist aber auch unpraktisch, weil das Gesetz außer Stande ist, die Grenze zwischen beiden Kategorieen mit Sicherheit zu bestimmen. Sie ist überhaupt nicht sachgemäß, weil es für die Grundbuchführung nur darauf ankommen kann, ob die beantragte Eintragung gerechtfertigt ist. Die gerechtfertigte Eintragung muß unverzüglich vollzogen, die nicht gerechtfertigte abgelehnt werden. Die Ablehnung kann freilich als endgültige oder nur so gemeint sein, daß nach Hebung des Anstandes die Eintragung erfolgen werde.

---

[1]) Bayr. Hypoth. Ges. §§ 97, 99, 105; württemb. Pfand Ges. Art. 170, 171; sächs. Ges. v. 6. Nov. 1843 und die ihm nachgebildeten Ges. für Altenburg und Reuß, sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 92, 93.

Ihre Wirkung aber ist immer dieselbe: ein abgelehnter Antrag ist für die ablehnende Behörde erledigt, d. h. als nicht angebracht anzusehen. Jede Verbesserung oder Ergänzung dieses Antrages ist daher als ein neuer Antrag zu behandeln, so zwar, daß in der Zwischenzeit eingehende Anträge, sofern sie begründet sind, vor dem verbesserten durch Eintragung erledigt werden müssen[1]). Den in dieser Hinsicht, namentlich in der preuß. Theorie und Praxis, hervorgetretenen Unklarheiten und Zweifeln wird wirksam begegnet, wenn die Grundb. O. die Behörde anweist, den Eintragungsantrag in dem vorausgesetzten Falle zurückzuweisen, sofern nicht ausnahmsweise das Gesetz die Eintragung auf die Bewilligung auch des nichteingetragenen Berechtigten zuläßt.

g) Ablehnung einer unter Vorbehalt beantragten Eintragung.

g) Eine weitere Anweisung, welche in die Grundb. O. gehört, ist die, daß der Antrag auf Eintragung zurückzuweisen ist, wenn er unter einer Bedingung oder mit einem Vorbehalte gestellt ist. Die Eintragung auf Grund eines solchen Antrages würde erst erfolgen können, nachdem die Sachprüfung ergeben hätte, daß die aufschiebende Bedingung erfüllt, die auflösende ausgefallen, bezw. der Vorbehalt erledigt wäre. Dies festzustellen aber ist Aufgabe der Betheiligten, eventuell des Prozeßgerichtes. Die Buchbehörde kann damit nicht befaßt werden, weil die ihr obliegende Sachprüfung nach dem Konsensprinzipe nur darauf sich richten darf, ob der Antrag so, wie er vorliegt, die Eintragung rechtfertigt. Wird diese Frage verneint, so ist nach den Ausführungen unter f) die Zurückweisung des Antrages das der Stellung des Grundbuchamtes allein angemessene Mittel zur Erledigung der Sache.

h) Eintr. auf einseitige Bewilligung.

h) Dem § 828 Abs. 1 würde es entsprechen, wenn in den Fällen desselben die Eintragung nur auf Vorlegung des dinglichen Vertrages gestattet würde. Es erscheint aber zweckmäßiger, diese Konsequenz nicht zu ziehen, sondern die Sachprüfung des Grundbuchamtes auf die Eintragungsbewilligung zu beschränken und also die Eintragung nur von der Erklärung des leidenden Theiles abhängig zu machen. Einmal nämlich weist hierauf der Vorgang aller derjenigen Gesetze hin, welche auf dem Konsensprinzipe beruhen[2]). Sodann aber ist ein solches Verfahren auch in der That geeignet, die Buchführung und den Verkehr zu erleichtern. Es gewährt namentlich den Vortheil, daß die Annahme der in der Eintragungsbewilligung liegenden Offerte auch nach der Eintragung wirksam erklärt werden kann, einen Vortheil, der für das Recht der Hypothek und der Grundschuld von außerordentlich praktischer Bedeutung ist. Das Gesetz verzichtet freilich mit der Regel, daß die Eintragung auf die einseitige Bewilligung des leidenden Theiles zu bewirken ist, für die Fälle der durch Vertrag sich vollziehenden Rechtsänderungen auf die Feststellung der Erwerbung durch das Grundbuch. Allein dieser Uebelstand findet sein Gegengewicht in der Vermuthung, welche nach § 826 für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes streitet. Im Uebrigen ist er für die

---

[1]) Sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 § 95; preuß. Grundb. O. v. 5. Mai 1872 §§ 45, 46.

[2]) Oben S. 159, 160, 173.

Betheiligten kaum von Belang, da Fälle, in welchen eine bewilligte Eintragung beantragt wird, ohne daß der Antragsteller der vertragsmäßigen Zustimmung des anderen Theiles sicher ist, nicht gerade häufig sein werden. Jedenfalls kann sich Niemand beschweren, wenn eine Eintragung, die er selbst gewollt hat, gegen ihn vollzogen wird. Dritte Personen schützt der öffentliche Glaube des Grundbuches.

Die Regel hat ihre positive Bedeutung für die Fälle des dinglichen Vertrages. Für diejenigen Fälle, in welchen nach dem materiellen Rechte die einseitige Bewilligung des leidenden Theiles zu der mit der Eintragung sich vollendenden Rechtsänderung genügt, versteht sie sich von selbst.

b) Rechtsgrund des dinglichen Vertrages.

§ 829.

Abstrakte Natur des dingl. Vertrages.

Der dingliche Vertrag ist unabhängig von den obligatorischen Beziehungen der Betheiligten zu einander. Der Rechtsgrund, auf welchem er beruht, ist ohne Einfluß auf die Rechtsänderung, welche er mit Hülfe der Eintragung bewirkt. Bestand ein Rechtsgrund zur Errichtung des Vertrages überhaupt nicht oder ist der Grund, welchen die Vertragschließenden voraussetzten, ungültig oder anfechtbar, so kann hieraus doch immer nur ein persönlicher Anspruch des Einen gegen den Anderen hergeleitet werden.

Es sind dies, wie die Motive des § 828 Abs. 2 ergeben, Folgerungen aus der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages, welche mit dem geltenden Rechte, soweit dasselbe den Rechtserwerb auf der Grundlage des Konsensprinzipes regelt, in Einklang stehen. Gegenüber den zahlreichen Gesetzen indessen, welche die dingliche Rechtsänderung an den obligatorischen Grund derselben (den Titel) knüpfen, erscheint es rathsam, jene Folgerungen in dem bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich zu bestimmen. Eine solche Bestimmung ist hier um so mehr am Platze, als auch die abstrakte Natur des Erlaßvertrages und des Abtretungsvertrages in § 290 Abs. 2 bezw. § 294 Abs. 2 Satz 1 scharf hervorgehoben ist. Unter Bezugnahme auf die Begründung dieser Paragraphen bedarf es zur Rechtfertigung des § 829 nur weniger Bemerkungen.

Bedeutungslosigkeit des Rechtsgrundes für die Rechtsänderung.

1. Wenn in dem ersten Absatze der Satz 1 die Angabe des Rechtsgrundes zur Wirksamkeit des dinglichen Vertrages für nicht erforderlich erklärt, so erwächst hieraus für das Grundbuchrecht der besondere Vortheil, daß der Rechtsgrund von der Sachprüfung des Grundbuchamtes ausgeschlossen werden kann[1]). Dieser Vortheil ist um so höher anzuschlagen, als gerade die Umständlichkeit und Schwerfälligkeit des Verfahrens, welche die Erstreckung der Sachprüfung auf die obligatorischen Beziehungen der Betheiligten zur Folge hat, einer der Hauptgründe gewesen ist, welche die preußische Gesetzgebung im Jahre 1872 zur Annahme des Konsensprinzipes bestimmten. Eine Nöthigung der Vertragschließenden zur Offenlegung jener Beziehungen vor der Buchbehörde könnte nur den rechtspolizeilichen Zweck haben, Schutz dagegen zu gewähren,

[1]) Anm. h zu § 828.

daß die dinglichen Rechtsänderungen mit den obligatorischen Rechten und Pflichten der Parteien in Widerspruch treten. Die Erstrebung dieses Schutzes durch positive Vorschriften, welche darauf abzielen, die Betheiligten der Sorge für die sachgemäße Abschließung der Geschäfte zu überheben, liegt aber außerhalb der Grenzen, in welchen die Privatrechtsgesetzgebung sich zu bewegen hat.

2. Bereicherungsanspruch.

2. Der zweite Absatz dient dazu, den Bestimmungen des Entwurfes über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung die Anwendung auch dann zu sichern, wenn die Leistung in der vertragsmäßigen Begründung, Belastung oder Uebertragung eines eingetragenen Rechtes bestanden hat. Der Anspruch geht, abgesehen von den Fällen, in welchen dem Veräußerer das Grundstück zurückzugeben bezw. Schadenersatz zu leisten ist, darauf, daß der Erwerber auf das ihm eingeräumte Recht verzichte und den Verzicht in der zur Löschung erforderlichen Form erkläre, bezw. das auf ihn übertragene Recht zurückübertrage, d. h. den hierzu nöthigen dinglichen Vertrag mit dem Veräußerer abschließe[1]).

c) Eintragungsbewilligung eines Nichtberechtigten.

§ 830.

Heilung des Rechtsmangels

Die von einem Nichtberechtigten erklärte Eintragungsbewilligung ist an sich nach § 828 Abs. 1, 2 ungeeignet, Bestandtheil des dinglichen Vertrages zu sein. Sie ist aber als wirksam anzusehen, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten ertheilt ist. Auch muß sie aus Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse des Geschäftsverkehres, entgegen der Regel des § 109, nachträglich Wirksamkeit erlangen, wenn der Mangel in dem Rechte zur Ertheilung der Bewilligung gehoben wird. Das Verhältniß liegt hier ebenso wie in Ansehung des Abtretungsvertrages, und für diesen sind bezügliche Vorschriften in den §§ 309 und 310 gegeben.

1. durch Einwilligung des Berechtigten.

1. Nach § 309 ist die „Abtretung einer dem Abtretenden nicht zustehenden Forderung wirksam, wenn sie mit Einwilligung desjenigen erfolgt, welchem die Forderung zusteht". Es kann sich fragen, ob es einer entsprechenden Vorschrift für den dinglichen Vertrag bedarf. Gewiß ist, daß bei ordnungsmäßigem Verfahren auf Grund einer Bewilligung, welche nicht von dem eingetragenen Berechtigten herrührt, nicht eingetragen, die Frage mithin, ob des letzteren Einwilligung eine solche Bewilligung wirksam macht, kaum praktisch werden kann. Wohl aber muß die Eintragung erfolgen, wenn sie von demjenigen bewilligt wird, der zwar als Berechtigter eingetragen, in Wahrheit jedoch nicht der Berechtigte ist[2]). Hat in einem solchen Falle der nichteingetragene Berechtigte in die Erklärung des Nichtberechtigten eingewilligt, so kann nach dem Grundsatze, welchen der § 309 auf den Abtretungsvertrag anwendet, dieser Erklärung die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Es liegt somit kein Grund vor, den Fall der Einwilligung des Berechtigten in dem § 830 zu übergehen.

---

[1]) Vergl. hierzu den § 351 Abs. 2.

[2]) Vergl. die Anm. e, f, h zu § 828 des Entw.

2. Nach § 310 wird in dem vorausgesetzten Falle die Abtretung wirksam, wenn sie von demjenigen, welchem die Forderung zusteht, genehmigt wird, oder wenn der Abtretende die Forderung erwirbt, oder wenn er von jenem beerbt wird und das Erlöschen des Inventarrechtes eintritt. Die Uebertragung dieser Vorschrift auf den dinglichen Vertrag entfernt sich sachlich kaum von dem geltenden Rechte. Die römischen Quellen lassen zwar diesen Vertrag nicht konvalesziren, wenn der Veräußerer das Recht, über welches er unberechtigt verfügte, nachträglich erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird. Aber sie geben doch dem Erwerber eine Einrede, durch welche er sich im Besitze der Sache bezw. im Genusse des Rechtes gegen die dingliche Klage schützen kann[1]). Das preuß. A. L. R. befolgt das Konvaleszenzprinzip in allen Fällen, für welche der Entwurf dasselbe verwerthet[2]). Das Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. enthält freilich in den §§ 5, 13, 19 Bestimmungen, aus welchen das vormalige Ob. Trib. die Beseitigung des Konvaleszenzprinzipes folgerte[3]). Allein das Reichsgericht hat die Ansicht des Ob. Trib., daß eine Hypothek, welche der eingetragene Eigenthümer vor seiner Eintragung bewilligt hat, nichtig sei, verworfen; es betrachtet die Eintragung einer solchen Hypothek als durchaus wirksam[4]). Eine ähnliche Kontroverse ist im Geltungsbereiche des bayr. Hypoth. Ges. hervorgetreten[5]). Das franz. G. B. erkennt für das Hypothekenrecht das Konvaleszenzprinzip dadurch an, daß es die Inskription von Hypotheken auf künftig von dem Verpfänder zu erwerbende Grundstücke zuläßt[6]). Die Pfandgesetze für Weimar und Hessen stehen im Wesentlichen auf dem Standpunkte des preuß. A. L. R.[7]). Für die übrigen Staaten fehlt es meist an besonderen Normen über die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten über ein eingetragenes Recht, so daß Zweifel und Dunkelheiten nicht ausgeschlossen sind[8]).

[2] durch nachträgl. Genehmigung des Berechtigten ꝛc. (Konvaleszenz).

Nach dem Entwurfe kann die Konvaleszenz sowohl vor als auch nach Vollziehung der auf Grund der Bewilligung eines Nichtberechtigten möglichen Eintragung in Frage kommen. Juristisch sind aber beide Fälle nicht verschieden, gleichviel, ob der Nichtberechtigte das zur Wirksamkeit der Bewilligung

---

[1]) Windscheid, Pand. § 81 Nr. 3, § 84 Nr. 1, § 172 Nr. 1, § 197 Nr. 3, § 230.

[2]) A. L. R. I, 5 § 46, I, 11 § 142, I, 20 §§ 16, 17, 76, 404—408; Koch, Kommentar zu I, 20 § 76, Bd. 2 (8. Aufl.) S. 759.

[3]) Erk. des Ob. Trib. v. 3. Jan. 1876, Entsch. 76 S. 125, v. 30. Nov. 1876, ebenda 79 S. 13, und v. 13. Sept. 1878, Gruchot 23, S. 455.

[4]) Urtheil des R. G. V. Civils. v. 28. Juni 1884, Entsch. 11 S. 325. Siehe indessen auch die in Gruchot's Beitr. 24 S. 1019 und 25 S. 453 mitgetheilten Urtheile.

[5]) Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 52 Note 6.

[6]) Code civil Art. 2130; dazu Puchelt, franz. Hypoth. und Privilegien R. S. 130 ff.

[7]) Weimar. Pfandges. § 15; hess. Pfandges. Art. 8.

[8]) Vergl. insbes. das sächs. G. B. §§ 254, 276, 277, 398, 470, 506, dazu Siegmann, sächs. Hypoth. R. § 12 S. 54 und Hypoth. O. S. 35, 36; das württemb. Pfandges. Art. 6, dazu Römer, das württemb. Unterpfandsrecht § 26 S. 130 ff.

erforderliche Recht erwirbt oder der Berechtigte die Bewilligung genehmigt oder den Nichtberechtigten beerbt. Es handelt sich immer um eine Unwirksamkeit des dinglichen Vertrages aus Gründen, welche in einem Mangel der Berechtigung des Veräußerers zur Verfügung über den Vertragsgegenstand beruhen. Es liegt daher keine Veranlassung vor, in dem Gesetzbuche die beiden Kategorieen zu trennen. Vielmehr empfiehlt es sich, den § 830 möglichst an den Wortlaut des § 310 anzuschließen, da es hier wie dort darauf ankommt, die Wirksamkeit des an sich unwirksamen Vertrages für die Fälle sicherzustellen, in welchen der Grund der Unwirksamkeit in der angegebenen Weise sich erledigt.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der § 830 die in der Anm. h zu § 828 vorbehaltene Verfahrensvorschrift in dem Sinne erläutert, daß das Grundbuchamt die Eintragung auf Grund einer Bewilligung, welche der eingetragene Berechtigte vor seiner Eintragung ertheilt hat, nicht ablehnen darf. Der Urheber der Bewilligung, welcher bei Erklärung derselben nicht eingetragen war, erwirbt durch seine Eintragung das nach § 828 zur Wirksamkeit der Bewilligung erforderliche Recht. Damit wird die Bewilligung materiell wirksam, und ein formeller Grund, gegen ihren nunmehr eingetragenen Urheber die bewilligte Eintragung zu versagen, ist nicht erfindlich. Die an den § 5 des preuß. Ges. sich knüpfende Streitfrage wird somit hier gegen die bisherige Praxis[1]) entschieden.

d) Verhängung einer Verfügungsbeschränkung gegen den Urheber der Eintragungsbewilligung.

§ 831.

Schutz gegen Verzögerung einer Eintragung.

Mit dem Eintragungsprinzipe ist bei allen Vortheilen, welche dasselbe für den Rechtsverkehr gewährt, doch die Unzuträglichkeit verbunden, daß die Betheiligten es nicht in der Hand haben, mit Sicherheit den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die von ihnen gewollte Rechtsänderung sich vollendet. Der Grund liegt darin, daß die Eintragung, obschon sie ohne Verzug nach dem Eingange des Eintragungsantrages bei dem Grundbuchamte bewirkt werden soll, thatsächlich nicht selten sich verzögert, sei es, daß die Behörde mit Geschäften überhäuft ist, sei es, daß der Beamte, welchem die Erledigung des Antrages obliegt, hierbei auf Schwierigkeiten stößt, die sich nicht sofort überwinden lassen. Gegen die Nachtheile, welche hieraus für die dem Eintragungszwange unterworfenen Geschäfte entstehen können, muß das Gesetz die Betheiligten schützen, wenn nicht dieser Zwang zu einer Ungerechtigkeit werden soll.

Zurückbeziehung der Eintragung auf den Zeitpunkt des Antrages.

Am wirksamsten wären die Betheiligten geschützt, wenn vorgeschrieben würde, daß die Eintragung auf den Zeitpunkt, in welchem der Eintragungsantrag bei der Buchbehörde gestellt worden, zurückzubeziehen wäre. Mit einer solchen Vorschrift aber wäre eine Fiktion eingeführt, welche sich in keinem

---

[1]) Siehe die Nachweisungen in den Anm. zu §§ 5 und 19 des Gesetzes, in Koch's Kommentar zum A. L. R. (8. Aufl.) Bd. 1 S. 672 und Bd. 2. S. 817.

deutschen Gesetze findet[1]). Sie würde darauf hinauslaufen, daß die Rechtsänderung, zu welcher nach § 828 Abs. 1 die Eintragung erforderlich ist, nach vollzogener Eintragung so anzusehen wäre, als hätte sie sich bereits in jenem Zeitpunkte vollendet. Die Folgen aber, welche diese Lösung haben würde, lassen sich schwer übersehen; sie würden sicherlich eine große Zahl von Streitfragen nach sich ziehen. Ohne Ausnahme wäre die Fiktion keinesfalls durchführbar. Eine Ausnahme müßte zu Gunsten Dritter gemacht werden, welche in der Zeit zwischen dem Eingange des Antrages und der Eintragung Rechte an dem Grundstücke durch Eintragung erwerben; eine andere würde für die Fälle nöthig sein, in welchen das den Gegenstand bezw. den Grund der Verfügung bildende Recht ohne den Willen des Berechtigten (z. B. durch Enteignung) verloren ginge. Nun wird freilich für die Zurückbeziehung geltend gemacht, der dingliche Vertrag werde unter der gesetzlichen Bedingung der Eintragung geschlossen, und die Erfüllung dieser Bedingung wirke nach § 140 auf den Zeitpunkt des Abschlusses zurück. Allein diese Auffassung kann hier ebensowenig wie im Falle des § 828 Abs. 3 als Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung verwerthet werden, da auch für die in scharfem Gegensatze zu ihr stehende Konstruktion der Eintragung als Form des dinglichen Vertrages gewichtige Gründe sprechen[2]). Auch läßt sich bezweifeln, ob die Rückwirkung der gesetzlichen Bedingung in dem § 140 ihre Rechtfertigung findet. Jedenfalls kann von einer Zurückbeziehung der Eintragung keine Rede sein, wenn der dingliche Vertrag, weil er nur von einem der Vertragschließenden dem Grundbuchamte eingereicht ist, gemäß § 828 Abs. 3 erst mit der Eintragung bindend wird.

Einfluß von Ereignissen, welche in die Zwischenzeit fallen.

Muß sonach davon abgesehen werden, die Zurückbeziehung der Eintragung vorzuschreiben, so bleibt, um dem praktischen Bedürfnisse Rechnung zu tragen, nur übrig, gewissen nach dem Eingange des Eintragungsantrages eintretenden Ereignissen den Einfluß auf die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung zu entziehen. Die Ereignisse, welche hier in Betracht kommen, sind der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit eines Vertragschließenden und die Beschränkung des Urhebers der Bewilligung in der Verfügung über das eingetragene Recht. Dem Tode und der Geschäftsunfähigkeit indessen wird bereits durch die noch weitergehende Vorschrift des § 828 Abs. 4 der Einfluß auf den dinglichen Vertrag versagt. Die Einflußlosigkeit dieser Thatsachen auf eine Eintragungsbewilligung, welche nicht Bestandtheil eines Vertrages ist, versteht sich von selbst. Es bedarf somit eines besonderen Schutzes nur gegen Verfügungsbeschränkungen, welche gegen den Urheber der Bewilligung verhängt werden.

insbesondere von Verfügungsbeschränkungen.

Eine Verfügungsbeschränkung, welche den Urheber *vor* dem Eingange des ohne Mitwirkung des Grundbuchamtes geschlossenen dinglichen Vertrages trifft, macht den Vertrag insoweit unwirksam, als derselbe mit ihr in Widerspruch steht. Anders dagegen liegt der Fall, wenn die Verfügungsbeschränkung

---

[1]) In Oesterreich ist nach dem allgem. Grundb. Ges. vom 25. Juli 1871 § 93 „der Zeitpunkt, in welchem ein Ansuchen bei dem Grundbuchsgerichte einlangt, für die Beurtheilung dieses Ansuchens maßgebend".

[2]) Vergl. oben S. 175.

erst eintritt, nachdem die Eintragung bei der Buchbehörde beantragt ist. In Sachsen scheint freilich auch in diesem Falle die Eintragung unstatthaft zu sein, wenn der Zweck der Verfügungsbeschränkung durch sie vereitelt werden würde[1]). In Preußen dagegen hat die Praxis für das Geltungsgebiet des A. L. R. angenommen, daß die Hypothek mit dem Zeitpunkte der Vorlegung des begründeten Eintragungsgesuches bei der Buchbehörde für erworben zu achten sei, dergestalt daß, wenn nach diesem Zeitpunkte der Eigenthümer in Konkurs verfalle, hierdurch die Eintragung der Hypothek und folglich auch die Erwerbung des hypothekarischen Rechtes nicht gehindert werde[2]). Ob indessen diese Entscheidung gegenüber dem Standpunkte, welchen die deutsche Konk. O. unter § 12 einnimmt, noch haltbar ist, erscheint mindestens zweifelhaft. Eine ausdrückliche Lösung hat die Frage auch in den Gesetzen anderer Bundesstaaten nicht gefunden[3]).

Für den Entwurf ergiebt sich aus dem § 828 Abs. 3, daß, wenn der dingliche Vertrag entweder vor dem Grundbuchamte geschlossen oder von beiden Theilen demselben zur Eintragung eingereicht ist, kein Theil seine Vertragserklärung widerrufen kann. Ist aber der Widerruf ausgeschlossen, so rechtfertigt es sich nicht minder, auch einer Verfügungsbeschränkung den Einfluß auf die Eintragungsbewilligung abzusprechen. Mit dem Wesen und dem Zwecke der Verfügungsbeschränkung ist diese Folgerung nicht unvereinbar. Richtig ist nur, daß eine solche Beschränkung jede ihr zuwiderlaufende Verfügung desjenigen, gegen welchen sie sich richtet, ausschließen muß, nicht aber, daß sie auch gegen getroffene Verfügungen sich zu bethätigen habe. Wenn freilich der dingliche Vertrag von nur einem Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung überreicht ist, so können die Vertragserklärungen und folglich auch die Eintragungsbewilligung, so lange die Eintragung noch aussteht, einseitig widerrufen werden. Allein hieraus folgt nicht, daß eine in der Zeit zwischen dem Eingange des Eintragungsantrages und der Eintragung gegen den Urheber der Bewilligung verhängte Verfügungsbeschränkung dem Widerrufe gleichgestellt werden müßte. Der praktische Zweck der Verfügungsbeschränkung erheischt nicht, soweit zu gehen. Wenn die Eintragung auf Grund des dinglichen Vertrages bei der Buchbehörde beantragt ist, so haben die Vertragschließenden ihrerseits alles gethan, was zu der mit der Eintragung sich vollendenden Rechtsänderung erforderlich ist. Verzögert sich dann die Eintragung, so ist das für die Betheiligten ein Zufall, aus welchem ein Dritter, der von der Eintragung einen Nachtheil für sich besorgt, eine Verbesserung seiner Rechtslage nicht herleiten kann. Der Gerechtigkeit und Billigkeit ist genügt, wenn dem Dritten die Möglichkeit gegeben wird, durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot dem Eintragungsantrage zuvorzukommen und hierdurch die ihm nachtheilige Ein-

---

[1]) Siegmann, sächs. Hypoth. O. S. 30 ff.

[2]) Erk. des Ob. Trib. v. 23. Dez. 1861 Entsch. 47 S. 149, v. 27. Nov. 1863 Striethorst Arch. 52 S. 131, v. 8. Sept. 1868 Gruchot Beitr. 14 S. 127.

[3]) v. Roth, bayr. Civ. R. §§ 188, 189; Regelsberger, bayr. Hypoth. R. §§ 36, 48, 52, 55 Nr 2; Römer, württemb. Unterpfandsrecht S. 121 ff.; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. §§ 9, 12, 16.

tragung zu verhindern. Wollte man einem solchen Verbote und überhaupt einer Verfügungsbeschränkung Wirksamkeit gegen einen zur Zeit des Einganges bei dem Grundbuchamte begründeten Eintragungsantrag zugestehen, so wäre das in hohem Maße unbillig gegen den Erwerber. Dieser muß bei der einseitigen Einreichung des dinglichen Vertrages darauf rechnen können, daß die Eintragung nur durch den Widerruf des anderen Theiles ausgeschlossen werden kann.

Konkurseröffnung.

Zu den Verfügungsbeschränkungen, welchen der § 831 den Einfluß auf die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung versagt, gehört auch diejenige, welche durch die Konkurseröffnung oder das derselben vorangehende allgemeine Veräußerungsverbot begründet wird. Ueber die in Folge dessen erforderliche Aenderung der Fassung des § 12 der Konk. O. wird in dem Einführungsgesetze entschieden werden [1]). Daß unter Verfügungsbeschränkung nicht blos die theilweise, sondern auch die gänzliche Entziehung des Verfügungsrechtes zu verstehen ist, erscheint nicht zweifelhaft.

c) Eintragung auf Grund eines Scheingeschäftes.

§ 832.

Einfluß des Scheingeschäftes auf die Eintragung

Da die Eintragung nach dem Entwurfe formale Rechtskraft nicht hat, so kann an sich Jeder, welcher an dem Nachweise ihrer Unrichtigkeit bezw. Unwirksamkeit interessirt ist, geltend machen, daß das eingetragene Recht demjenigen nicht zustehe, welchen das Grundbuch als den Berechtigten bezeichnet. Bei der Schwierigkeit, die durch die Eintragung nach § 826 begründete Rechtsvermuthung zu widerlegen, und bei dem Schutze, welcher dem redlichen Verkehre durch den öffentlichen Glauben des Buches gewährt wird, erscheint es auch nicht bedenklich, es im Allgemeinen bei jener Folgerung zu belassen. Nur für den Fall, in welchem der Widerspruch einer Eintragung mit der wirklichen Rechtslage auf ein simulirtes Geschäft zurückgeführt wird, bedarf es einer besonderen Vorschrift. Eine Simulation des dinglichen Vertrages kann, sofern sie überhaupt als rechtlich möglich anerkannt wird, sowohl bei der Eigenthumsübertragung als auch bei der Begründung und der Uebertragung eines begrenzten Rechtes vorkommen. Nach denjenigen Gesetzen, welche das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragungen befolgen, ist sie für die dinglichen Rechte, welche denselben unterstellt sind, ohne Belang. Im Uebrigen fehlt es in dem bestehenden Grundbuchrechte an Bestimmungen, welche die Regelung des Simulationsfalles bezweckten. Für das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 ist es streitig, welchen Einfluß die Simulation der Auflassung auf die Wirksamkeit der Eintragung des Eigenthumsüberganges hat [2]).

---

[1]) Anm. zu § 831 des Entwurfes.

[2]) Das vorm. Ob. Trib. hat die simulirte Auflassung nicht blos in Ansehung der Vertragschließenden, sondern auch im Verhältnisse zu Dritten für nichtig erklärt in den Erk. v. 31. Mai 1875, Entsch. 75 S. 22, und v. 12. Juni 1876, ebd. 78 S. 86. In letzterer Hinsicht abweichend das Urtheil des R. G. v. 23. Mai 1880, Entsch. 2 S. 228.

Nach dem Entwurfe können diejenigen, welche das die Grundlage einer Eintragung bildende Geschäft vorgenommen haben, im Verhältnisse zu einander geltend machen, daß dieses Geschäft nur zum Scheine vorgenommen sei. Dagegen versagt der § 832 die Berufung auf die Simulation sowohl den Parteien gegen Dritte, als auch diesen gegen jene. Bei seiner Begründung empfiehlt es sich, zur Vereinfachung derselben den Fall der Eigenthumsübertragung von den übrigen Fällen zu trennen.

Wirksamkeit der Eintragung für und gegen Dritte in den Fällen der Simulation

1. einer Auflassung.

1. Eine Simulation der Auflassung als des zur rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Eigenthumes erforderlichen Vertrages ist in der Weise denkbar, daß die als Veräußerer und Erwerber auftretenden Personen mit einander übereingekommen sind, daß der Eigenthumsübergang, welchen das Gesetz an die Eintragung auf Grund der Auflassung knüpft, nicht eintreten, der Veräußerer trotz der Eintragung des Erwerbers Eigenthümer bleiben solle. Einer solchen Uebereinkunft kann das Gesetz Wirkung gegen Dritte nicht zugestehen, ohne einen Hauptzweck der Bucheinrichtung, die Feststellung des Eigenthumes durch das Grundbuch, ernstlich zu gefährden. Die Rücksicht auf das berechtigte Interesse dritter Personen erheischt dringend, daß Jemand, der einen Anspruch gegen den Eigenthümer zu erheben oder ein Rechtsgeschäft mit oder gegenüber demselben vorzunehmen hat, in der Ausübung seiner Befugnisse nicht dadurch gehindert werden kann, daß der als Eigenthümer Eingetragene nachweist, die ihm ertheilte Auflassung sei nur zum Scheine vorgenommen, seine Eintragung daher wirkungslos. Besonders schwer fällt hierbei das Interesse des Realkredites ins Gewicht. Wer eine Hypothek oder eine Grundschuld erworben hat, muß jederzeit in der Lage sein, die aus dem erworbenen Rechte ihm zustehenden Ansprüche gegen den Bucheigenthümer zu verfolgen. Würde ihm die Verfolgung versagt, weil die Eintragung seines Gegners auf einem Scheingeschäfte beruhte, so wäre an eine sichere und schnelle Verwirklichung dieser Ansprüche nicht zu denken, und die Folge hiervon müßte ein Sinken des Verkehrswerthes der Hypotheken und Grundschulden sein.

Wenn hiernach die Berufung auf eine Simulation der Auflassung dem auf Grund der letzteren eingetragenen Erwerber Dritten gegenüber abgeschnitten werden muß, so folgt von selbst, daß sie insoweit auch dem Veräußerer nicht zu gestatten ist. Gegen diesen ist freilich der Dritte durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches nach näherer Bestimmung der §§ 837 und 838 gesichert. Aber der öffentliche Glaube des Buches schützt doch immer nur die Erwerbung, nicht aber die Verfolgung des bereits erworbenen Rechtes gegen die Folgen eines Scheingeschäftes. Auch kommt es nicht darauf an, daß eine Simulation der Auflassung nicht gerade häufig dargethan, sondern nur darauf, daß sie erfahrungsmäßig nicht selten wenn auch schließlich ohne Erfolg behauptet, hierdurch aber der reelle Rechtsverkehr geschädigt, namentlich auch derjenige, welcher auf Grund der angeblich nur zum Scheine vorgenommenen Auflassung als Eigenthümer eingetragen ist, in dem ruhigen Genusse seines Rechtes beeinträchtigt wird.

Fraglich kann nur sein, ob ein rechtliches Bedenken von Belang dem § 96 des Entwurfes zu entnehmen ist. Der Abs. 1 dieses Paragraphen lautet: „Ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig." Allein wenn

dieser Satz durch den § 832 eine Einschränkung erleidet, so ist dieselbe nicht allein durch das praktische Bedürfniß geboten, sondern auch juristisch nicht ungerechtfertigt. Sie hat einen gewissen Vorgang in der sogenannten pro forma Eintragung, welche ehemals in Lübeck und Hamburg üblich war, um das Verbot der Uebertragung von Grundeigenthum an Fremde zu umgehen. Hatte dort ein Fremder ein Grundstück geerbt oder gekauft, so pflegte er dasselbe einem Bürger der Stadt im Grundbuche zuschreiben zu lassen. Dieser „Treuhänder" hatte mit dem Grundstücke nach Anweisung des fremden Erben oder Käufers zu verfahren, galt aber im Uebrigen als Eigenthümer, so daß, wenn er in Konkurs verfiel, das Grundstück zur Masse gezogen wurde[1]). Die Eintragung „zu treuen Händen" war ihrem Wesen nach nichts Anderes als eine Eintragung auf Grund einer Schein-Auflassung. Und wenn die Konsequenzen, namentlich im Konkursfalle, nach dem Entwurfe nicht so scharfe sind wie in den beiden Hansestädten, so liegt dies nur daran, daß der Entwurf die Wirkungen der Eintragung von dem dinglichen Vertrage abhängen läßt, während dieselben in Hamburg und Lübeck durch das Prinzip der formalen Rechtskraft des Buchinhaltes bestimmt werden. Will man daher auch nicht gerade annehmen, daß der durch Eintragung sich vollendende Vertrag begriffsmäßig der Simulation widerstrebe, so kann man sich doch andererseits der Erkenntniß nicht entziehen, daß die Bedeutung des Grundbuches für den Rechtsverkehr unter Berücksichtigung der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages dazu drängt, die Wirkungen der Simulation auf das Verhältniß der Vertragschließenden zu einander zu beschränken und also nur die aus diesem Verhältnisse hervorgehenden obligatorischen Ansprüche des einen gegen den anderen anzuerkennen.

Hieraus ergiebt sich, daß auch gegen die Vertragschließenden eine Simulation des dinglichen Vertrages nicht geltend gemacht werden kann. Wollte man dritten Personen die Berufung auf dieselbe gestatten, so käme man zu einem doppelten bezw. relativen Eigenthume, indem bald der als Eigenthümer eingetragene Erwerber, bald der Veräußerer als Eigenthümer gelten müßte, — einer Konstruktion, die mit der Natur des Eigenthumes unverträglich sein und mancherlei praktische Uebelstände zur Folge haben würde.

2. eines anderen Geschäftes.

2. Der § 832 sichert nicht blos die Auflassung, sondern auch die übrigen Geschäfte, auf Grund deren Eintragungen in das Grundbuch erfolgen, gegen die Geltendmachung einer Simulation. Die Gründe, auf welchen er beruht, nöthigen dazu, die Vorschrift auf alle Eintragungen anzuwenden. Wenn auch das praktische Bedürfniß vornehmlich für das Eigenthum sich zeigt, so ist es doch auch für die begrenzten Rechte, namentlich für die Hypothek, nicht zu leugnen; und daß das Gesetz einfacher wird, wenn es die Simulationsfrage bezüglich aller eingetragenen Rechte gleich behandelt, ist ein Vortheil, dessen Werth nicht verkannt werden darf.

---

[1]) Stobbe, Auflassung S. 175, 260, 261; Baumeister, hamburg. Priv. R. 1 S. 207, 217; lübeck. Stadtb. O. v. 6. Juni 1818 § 24.

f) Ersatz der Eintragungsbewilligung sowie der Annahme derselben.

§ 833.

I. Das Urtheil als Ersatz der Erklärung.

I. Wenn beim Vorhandensein einer Verpflichtung zur Abschließung des dinglichen Vertrages der Berechtigte die erforderliche Erklärung des Verpflichteten in Güte nicht erlangen kann, so bleibt ihm nur übrig, auf Abgabe dieser Erklärung gegen denselben zu klagen. Die Landesgesetze fassen meist nur den Fall ins Auge, wenn die Eintragungsbewilligung in Frage ist. Die preuß. Gesetze v. 5. Mai 1872 enthalten eine Reihe von Bestimmungen, nach welchen durch die rechtskräftige Verurtheilung des leidenden Theiles zur Bewilligung der Eintragung die Bewilligung selbst ersetzt wird[1]). Ebenso die Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. und bezw. die Grundb. O. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe und Schaumburg-Lippe. Auf dem nämlichen Standpunkte stehen im Wesentlichen auch die mecklenb. Grundb. und Hypoth. Gesetze, obschon sie die Eintragung nicht unmittelbar auf Vorlegung des Urtheiles, sondern nur auf Ersuchen des Gerichtes zulassen[2]), ferner das hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 4, die lübeck. Stadtb. O. v. 6. Juni 1818 § 25, das meining. Ges. v. 15. Juli 1862 Art. 26, das anhalt. Ges. v. 11. März 1877 § 23 und das bayr. Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 112 und 158 Abs. 4. Die Vorschrift des hamb. Ges. ist so gefaßt, daß sie nicht blos auf die Erklärung des leidenden Theiles, sondern auf jede zu einer Einschreibung erforderliche Erklärung zu beziehen ist. Der Standpunkt des Entwurfes ist folgender:

1. Das endgültig vollstreckbare Urtheil.

1. Die Erwägungen, welche im Allgemeinen dafür sprechen, daß im Falle der Verurtheilung einer Partei zur Abgabe einer Willenserklärung die andere Partei nicht auf den Weg der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung dieser Erklärung verwiesen werde, fallen für das Grundbuchrecht besonders schwer in's Gewicht. Die Rücksicht auf das Verkehrsbedürfniß fordert dringend, daß, wenn das Gericht endgültig gesprochen hat, hierdurch die Erklärung des Verurtheilten ersetzt wird, damit der obsiegende Theil nunmehr ohne Weiterungen die Rechtsänderung herbeiführen kann. Das Bedürfniß besteht nicht allein hinsichtlich der Eintragungsbewilligung, sondern auch hinsichtlich der Annahme derselben. Fraglich ist nur, ob in dem bürgerlichen Gesetzbuche gegenüber der C. P. O. eine bezügliche Vorschrift nöthig ist. Die letztere bestimmt unter § 779 Abs. 1: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft beschritten hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist". Beide Sätze werden von fast allen Autoritäten so ausgelegt, daß sie alle für das Grundbuchrecht in Betracht kommenden Fälle umfassen.

---

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. §§ 3, 14, 19, 53, Grundb. O. §§ 53, 85, 94 Nr. 2.

[2]) v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. S. 71, 80, 93, 122.

Diese Auslegung hat namentlich das für sich, daß der Abs. 1 des § 779 der C. P. O. nach seiner Entstehungsgeschichte auf die bezüglichen Bestimmungen des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 3, 14, 19, 53, 65 und der preuß. Grundb. O. §§ 53, 85, 94 Nr. 2 zurückzuführen ist. Aber der Grundsatz, um welchen es sich handelt, ist für das Immobilienrecht zu wichtig, als daß seine Anwendung von der Auslegung jener Prozeßvorschriften abhängig gemacht werden dürfte. In dieser Hinsicht genügt es darauf hinzuweisen, daß der Abs. 1 des § 779 auf die Verpflichtung zur Ausstellung und Annahme eines Wechsels wegen der rein formalen Natur desselben nicht bezogen wird und daß demnach die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, seine Beziehung auch auf den in bestimmter Form zu Stande kommenden dinglichen Vertrag zu verneinen. Eine Vorschrift, wie sie der Entwurf in dem § 833 Abs. 1 aufstellt, ist daher keineswegs überflüssig, vielmehr durch die Vorsicht geboten.

Tragweite des Urtheiles zur Abgabe der Erkl. vor dem Grundbuchamte.

Ihre Tragweite ist die, daß das rechtskräftige Urtheil an die Stelle der fehlenden Vertragserklärung tritt, soweit nicht die rechtliche Natur des Urtheiles entgegensteht. Muß der Vertrag vor dem Grundbuchamte geschlossen werden, so macht die Urtheilsausfertigung die Mitwirkung der verurtheilten Partei bei der Schließung des Vertrages entbehrlich; es braucht nur die andere Partei zur Abgabe ihrer Vertragserklärung vor der Behörde zu erscheinen. Nun ist freilich nach § 77 des Entwurfes zur Schließung des Vertrages erforderlich, daß beide Theile ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären. Aber auch dieses Erforderniß ist nach § 833 als erfüllt anzusehen, wenn der Theil, welcher das Urtheil erstritten hat, unter Vorlegung desselben seine Vertragserklärung abgiebt. Die Sache wird so behandelt, als wenn auch der unterlegene Theil anwesend wäre, um die Erklärung seines Gegners gegen seine Erklärung einzutauschen. Der Vertrag kommt durch einseitiges Handeln des letzteren auf Grund des Urtheiles zu Stande. Ist dagegen der Vertragsabschluß vor dem Grundbuchamte nicht nöthig, so braucht auch die Partei, welche die Verurtheilung der anderen erwirkt hat, ihre Vertragserklärung nicht vor der Behörde abzugeben; sie kann sich auch schriftlich bezw. in beweisender Form erklären, d. h. die Eintragung nachsuchen.

Eine Vorschrift über die Bindung der durch das Urtheil ersetzten Vertragserklärung ist nicht erforderlich, da die Unzulässigkeit des Widerrufes in diesem Falle aus dem Wesen des rechtskräftigen Urtheiles sich ergiebt, eine mißverständliche Auslegung des § 828 Abs. 3 daher nicht zu besorgen ist.

2. Das vorläufig vollstreckb. Urth.

2. Eine besondere Regelung erheischt der Fall, wenn das Urtheil nur vorläufig vollstreckbar ist. Die C. P. O. bestimmt in § 658: „Ist auf Bewirkung einer Eintragung in einem Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherung eines Anspruches auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung u. s. w.) erfolgt". Diese Bestimmung würde an praktischer Anwendbarkeit erheblich verlieren, wenn nicht für ihr Gebiet das dem Entwurfe unbekannte Institut der Vormerkung persönlicher Ansprüche auf Eintragung in entsprechender Weise ersetzt würde. Der Abs. 2

des § 833, welcher diesen Ersatz gewährt, geht hierbei davon aus, daß es darauf ankommt, die vorläufig unterlegene Partei für den Fall, daß die andere Partei auf Grund der Eintragung zu Gunsten eines Dritten verfügt, gegen die Berufung des letzteren auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches zu schützen, daß dieser Schutz aber vom Standpunkte des Entwurfes nur in einer Eintragung zu finden ist, welche ergiebt, daß sie keine endgültige und folglich auch nicht geeignet ist, für Dritte die Grundlage eines sicheren Rechtserwerbes zu bilden.

Die Erwirkung eines Veräußerungsverbotes gegen den verurtheilten Schuldner kann für die Regelfälle nicht als der Weg betrachtet werden, auf welchen der Gläubiger zum Schutze des Rechtes auf Eintragung zu verweisen wäre. Denn ein solches Verbot würde einerseits dem Gläubiger keine volle dingliche Sicherheit verschaffen [1]), andererseits die Verfügungsmacht des Schuldners über das Recht, gegen welches die erkannte Eintragung wirken soll, thatsächlich aufheben oder doch mehr, als zum Vollzuge des Urtheiles nöthig, beschränken. In dem Falle, wenn der Eigenthümer verurtheilt ist, die Eintragung einer Hypothek zu bewilligen, ist auch die Sicherungshypothek als ein geeignetes Schutzmittel nicht anzusehen. Denn wenn auch ihre Eintragung den Eigenthümer der mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verbundenen Gefahr weniger aussetzt [2]), so ist sie doch immerhin keine nur vorläufige, sondern eine endgültige Eintragung. Es würden daher für den Fall, wenn das Urtheil auf Bewilligung einer gewöhnlichen Hypothek lautete, noch Bestimmungen nöthig sein, welche die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles regelten.

Bedingte Eintragung.

Einfacher und der Natur der Dinge bei Weitem entsprechender ist es, auf Grund des nur vorläufig vollstreckbaren Urtheiles die Eintragung, auf welche erkannt ist, als eine bedingte vorzunehmen [3]). Die als Bedingung einzutragende Thatsache ist die endgültige Vollstreckbarkeit bezw. die Rechtskraft des Urtheiles. Wird das vorläufig vollstreckbare Urtheil aufgehoben, so fällt die Bedingung aus, und das Recht auf Löschung der bedingten Eintragung steht dem durch die letztere Beeinträchtigten in Gemäßheit des § 843 zu. Wird dagegen das Urtheil rechtskräftig bezw. endgültig vollstreckbar, so ist die obsiegende Partei berechtigt, die Löschung der nunmehr erfüllten Bedingung zu verlangen. Gegen diese Lösung der Frage darf nicht eingewendet werden, daß das aufschiebend bedingte Recht nach § 128 erst mit Eintritt der Bedingung erworben wird. Denn der Berechtigte ist dadurch hinlänglich gesichert, daß die in der Zwischenzeit zu seinem Nachtheile von dem bedingt Verpflichteten getroffenen Verfügungen nach § 135 unwirksam sind, das bedingt eingetragene Recht überdies gemäß § 840 den Rang vor allen nach ihm zur Eintragung gelangenden Rechten hat.

---

[1]) Vergl. § 107 Abs. 3.

[2]) Siehe § 1125.

[3]) Vergl. die Ausf. Gesetze zur C. P. O. für das Königreich Sachsen v. 4. März 1879 §§ 6 ff., für Altenburg v. 25. März 1879 §§ 12 ff. und für Reuß ä. L. v. 3. Mai 1879 § 40.

Eintragung eines Veräußerungsverbotes.

Eine bedingte Eintragung auf Grund des vorläufig vollſtreckbaren Urtheiles iſt nur in denjenigen Fällen ausgeſchloſſen, in welchen die Rechtsänderung, auf deren Eintragung erkannt iſt, von einer Bedingung nicht abhängig gemacht werden kann[1]). In dieſen Fällen vermag das Geſetz die obſiegende Partei nur dadurch ſicherzuſtellen, daß es zum Schutze derſelben die Eintragung eines Veräußerungsverbotes gegen die verurtheilte Partei zuläßt.

3. Eintr. im Wege der Zwangsvollſtreckung.

3. Das vorläufig vollſtreckbare Urtheil auf Bewilligung einer Eintragung bleibt von den Vorſchriften der C. P. O. (§ 779 Abſ. 1) unberührt. Die Eintragung auf Grund eines ſolchen Urtheiles kann daher nur im Wege der Zwangsvollſtreckung erfolgen. Der Deutlichkeit halber wird dies in dem Abſ. 3 des § 833 beſonders hervorgehoben.

II. Eintragungsersuchen einer Behörde

II. In dem geltenden Rechte finden ſich Vorſchriften, welche für gewiſſe Fälle die Eintragung in das Grundbuch lediglich auf Grund des Erſuchens einer zuſtändigen Behörde anordnen oder geſtatten[2]). Ein ſolches Erſuchen ſteht jedoch dem rechtskräftigen Urtheile materiell nicht gleich, da es nicht wie dieſes die Eintragungsbewilligung *erſetzt*, nicht eigentlich an die Stelle der fehlenden Willenserklärung tritt, vielmehr nur dann am Platze iſt, wenn das Geſetz den aktiv Betheiligten nicht von vornherein von dem Willen des paſſiv Betheiligten abhängig macht, ſondern ohne Rückſicht auf dieſen Willen die Behörde ermächtigt, die Eintragung nachzuſuchen. Die Eintragung auf Grund des Urtheiles hält ſich in dem Rahmen des Konſensprinzipes. Die Eintragung auf das Erſuchen einer Behörde durchbricht dieſes Prinzip aus praktiſchen Rückſichten; ſie iſt daher, wenn man das Konſensprinzip als Regel anerkennt, nur zuläſſig, ſofern das Geſetz ſie gerade für den beſonderen Fall in Ausſicht nimmt. Eine allgemeine Beſtimmung des Inhaltes, daß die Eintragungsbewilligung auch durch das Erſuchen einer zuſtändigen Behörde erſetzt werde, würde daher nicht korrekt ſein. Jedenfalls wäre ſie zwecklos, da ſie ihren materiellen Inhalt doch immer erſt durch die geſetzliche Regelung der einzelnen Fälle empfangen würde. Die Mehrzahl dieſer Fälle hat ihren Sitz in dem Landesrechte. Es werden daher zur Wahrung der Zuſtändigkeit gewiſſer Behörden für die Nachſuchung von Eintragungen Vorbehalte für die Landesgeſetzgebungen erforderlich ſein. Der Ort hierfür aber iſt das Einführungsgeſetz. Im Uebrigen iſt es Aufgabe der Grundbuchordnung, zu beſtimmen, daß die Grundbuchämter dem Erſuchen einer Behörde um Eintragung zu genügen haben, ſofern dasſelbe der landesrechtlichen Zuſtändigkeit der erſuchenden Behörde entſpricht[3]).

Iſt Gegenſtand des Erſuchens eine Hypothek, ſo kommt in Betracht, daß nach § 1130 für eine vollſtreckbare Geldforderung im Wege der gerichtlichen Zwangsvollſtreckung nur eine Sicherungshypothek eingetragen werden kann, dieſe aber in dem Falle ihrer Eintragung auf mehrere Grundſtücke inſoweit, als ſie das Maß der pupillariſchen Sicherheit überſchreitet, auf Verlangen des Schuldners in Gemäßheit des § 1131 zu löſchen iſt. Es iſt einleuchtend, daß die auf das Erſuchen einer zuſtändigen Behörde eingetragene Hypothek nicht

---

[1]) Vergl. §§ 870, 1137.

[2]) Z. B. preuß. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. §§ 14, 19, 49, 53, 60, 70.

[3]) Anm. a zu § 833.

wirksamer sein kann, als die auf Grund eines endgültig vollstreckbaren Urtheiles des Gerichtes erlangte Zwangshypothek. Die Grundbuchordnung wird daher vorzusehen haben, daß auch in jenem Falle die Eintragung nur als Sicherungshypothek zulässig ist und daß auf eine solche Hypothek der § 1131 Anwendung findet [1]).

3. Verzicht auf Rechte an Grundstücken.

§ 834.

Form und Inhalt der Verzichterklärung.

Nach dem Entwurfe kann nicht allein das Eigenthum einseitig aufgegeben (derelinquirt), sondern auch auf andere Rechte an einem Grundstücke, bezw. einem eingetragenen Rechte, einseitig verzichtet werden. Der Verzicht erfolgt durch die Erklärung des Berechtigten, daß er das ihm zustehende Recht aufgebe. Diese Erklärung muß, wenn auf das Eigenthum oder ein Erbbaurecht verzichtet wird, vor dem Grundbuchamte, wenn auf ein Vorkaufsrecht, eine Dienstbarkeit oder eine Reallast verzichtet wird, zwar nicht vor, aber doch gegenüber dem Grundbuchamte abgegeben werden. Das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers erlischt mit der Eintragung der Dereliktionserklärung in das Grundbuch; zur Aufhebung eines der anderen Rechte ist außer der Erklärung des Berechtigten die Löschung des Rechtes in dem Buche erforderlich. Der Angabe des Rechtsgrundes, auf welchem der Verzicht beruht, bedarf es in keinem Falle [2]).

Anwend. der §§ 829—833 auf den Verzicht.

Die Erklärung des Verzichtenden hat somit für die Aufhebung der Rechte dieselbe Bedeutung, wie der dingliche Vertrag für die Erwerbung. Sie unterscheidet sich juristisch von der in diesem Vertrage enthaltenen Veräußerungserklärung nur dadurch, daß ihre Wirksamkeit von einer Annahme nicht abhängig ist. Es rechtfertigt sich mithin, die Vorschriften, welche in den §§ 829 bis 833 für den dinglichen Vertrag bezw. für die Eintragungsbewilligung gegeben sind, auch auf die einseitige Verzichtserklärung anzuwenden.

Bindung an den Verzicht.

Die Frage, mit welchem Zeitpunkte diese Erklärung für ihren Urheber bindend werden soll, kann verschieden beantwortet werden, je nachdem als die eigentliche Form des Verzichtes die Erklärung desselben vor oder gegenüber der Behörde oder die Löschung im Grundbuche angesehen wird. Indessen besteht hier ebensowenig wie in dem entsprechenden Falle des § 828 Abs. 3 ein praktisches Bedürfniß, in dem Gesetzbuche eine bestimmte Theorie zum Ausgange zu nehmen. Vielmehr weist schon die Analogie des dinglichen Vertrages darauf hin, daß der dem Grundbuchamte vorschriftsmäßig erklärte Verzicht keine geringere Wirkung haben kann, als die Erklärung oder die Einreichung des Vertrages bei dieser Behörde. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, daß der § 58 die verbindende Kraft einer einseitigen Stiftungserklärung für den Stifter nicht von der thatsächlichen Ausführung dieser Erklärung abhängig macht. Nach diesem Vorgange wäre es wenig angemessen, wenn man einem

---

[1]) Anm. b zu § 833.

[2]) §§ 872, 950, 960, 965, 977, 1015, 1021, 1048, 1061. Wegen der abweichend geregelten Aufhebung der Hypothek und der Grundschuld siehe die §§ 1091, 1108, 1136.

eingetragenen Berechtigten, welcher dem Grundbuchamte auf dem vorgeschriebenen Wege erklärt hat, daß er das Recht aufgebe, gestatten wollte, seine Erklärung zurückzunehmen, falls derselben nicht sofort die Eintragung in das Grundbuch sich anschließen würde. Die Verzögerung der Eintragung ist ein für den Verzichtenden rein zufälliger Umstand, welchem ein maßgebender Einfluß auf die bindende Kraft der Erklärung nicht zugestanden werden darf. Der Entwurf spricht deshalb in Konsequenz des § 828 Abs. 3 und im sachlichen Einklange mit demselben die Unwiderruflichkeit der Verzichtserklärung aus.

4. Vereinigung des Eigenthumes und eines anderen Rechtes an einem Grundstücke in derselben Person.

§ 835.

Recht an dem eigenen Grundstücke.

Nach den geltenden Gesetzen erlöschen Rechte an einer fremden Sache durch Vereinigung mit dem Eigenthume, wenn der Eigenthümer das begrenzte Recht oder der Berechtigte das Eigenthum erwirbt[1]). Doch ist dieser Grundsatz nicht streng durchgeführt. Schon die röm. Quellen enthalten eine Reihe von Aussprüchen, in welchen dem Eigenthümer pfandrechtliche Befugnisse an der eigenen Sache zugestanden werden[2]). Das moderne Hypothekenrecht geht noch weiter. Nach dem § 52 des Anhanges zum preuß. A. L. R. wird die Hypothek durch ihre Vereinigung mit dem Eigenthume des von ihr belasteten Grundstückes nicht aufgehoben, sofern sie nicht auf Antrag des Eigenthümers im Hypothekenbuche gelöscht wird. Die Hypothek geht also nur durch Löschung unter, und die Konsequenz hiervon ist, daß der Eigenthümer über die ungelöschte Hypothek zu Gunsten Dritter verfügen und, wenn er das Grundstück veräußert, dieselbe für sich geltend machen kann. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 hat in den §§ 63—66 diese Konsequenz in sachlicher Uebereinstimmung mit dem erwähnten § 52 anerkannt, und ihm folgen in dieser Hinsicht die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen und Lippe (Detmold und Schaumburg). Auf demselben Standpunkte stehen die Immobiliengesetze für Hamburg, Lübeck und Mecklenburg[3]). Nach dem sächs. Grundbuchrechte kann der Eigenthümer in den gedachten Fällen die Hypothek auf

Geltendes Recht.

---

[1]) Windscheid, § 215 Ziff. 3, §§ 222, 223, 248 Ziff. 4; bayr. L. R. II, 7 §§ 1, 7 Ziff. 3, II, 9 § 8 Ziff. 4; preuß. A. L. R. I, 16 § 482, I, 20 § 55, I, 21 § 184, I, 22 § 52; franz. G. B. Art. 617, 705; sächs. G. B. §§ 132, 594, 651; vergl. auch den bayr. Entw. III Art. 312 u. 363 Ziff. 5, sowie den hess. Entw. II, 4 Art. 1.

[2]) L. 30 § 1 D. de exc. r. j. 44, 2; l. 1 Cod. si antiquior cred. 8, 20; l. 17, 19 D. qui pot. 20, 4; l. 57 D. de leg. 30; l. 3 § 1, D. de distr. pign. 20, 5; l. 3 Cod. de his, qui in prior. 8, 19.

[3]) Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 §§ 35, 43; lüb. Verordn. v. 22. Juli 1868 § 3 und v. 15. Juli 1872 § 4; mecklenb. Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Okt. 1848 § 16, schwerin. Verordn. v. 21. März 1859, v. 13. März 1869 und v. 25. März 1876, strel. rev. Hypoth. O. v. 24. Dez. 1872 §§ 12, 13.

seinen Namen umschreiben lassen und dann an einen Anderen abtreten[1]). Andere Gesetze verhalten sich ablehnend gegen die Eigenthümerhypothek im Sinne des preuß. Rechtes, so namentlich die Hypoth.- bezw. Pfandgesetze für Bayern, Württemberg, Hessen und Weimar. Doch kann nach dem bayr. Hypoth. Ges. § 84 und dem weimar. Pfandges. § 78 der Eigenthümer an der Stelle einer erloschenen, aber nicht gelöschten Hypothek eine neue Hypothek eintragen lassen. Auch erkennen diese Gesetze sowie die Pfandgesetze Württembergs und Hessens den einen oder den anderen Fall des röm. Pfandrechtes an der eigenen Sache an[2]). Die Grundschuld unterliegt nach allen Gesetzen, welche sie haben, in den Fällen der Vereinigung mit dem Eigenthume in derselben Person den nämlichen Vorschriften wie die Hypothek. Die Regel, daß Dienstbarkeiten in diesen Fällen erlöschen, ist nach franz. Rechte ohne Ausnahme. Das preuß. A. L. R. dagegen macht eine Ausnahme für die Grunddienstbarkeiten, wenn weder die Gerechtigkeit im Hypothekenbuche gelöscht noch die ihr Bestehen auf dem Grundstücke bezeichnende Anlage weggeschafft worden ist[3]). Geht in einem solchen Falle die belastete Sache auf einen neuen Eigenthümer über, „so tritt die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung". Nach dem sächs. G. B. § 594 lebt die Grunddienstbarkeit nur dann wieder auf, „wenn die Vereinigung des Eigenthumes an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von Anfang an nur eine vorübergehende war oder durch Anfechtung des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes aufgehoben wird". Auf persönliche Dienstbarkeiten findet diese Vorschrift gemäß § 651 entsprechende Anwendung. In dem bayr. Entw. III Art. 317 wird der vorausgesetzte Fall dahin entschieden, daß die Vereinigung als nicht erfolgt anzusehen ist. Erwirbt der Eigenthümer oder ein Miteigenthümer des herrschenden oder des dienenden Grundstückes einen Antheil an dem anderen Grundstücke, so ist dies nach Art. 318 daselbst auf den Bestand der Grunddienstbarkeit ohne Einfluß. Die eingetragene Geldrente wird in dem hamb. Ges. ebenso behandelt wie die Hypothek. Für Braunschweig enthält das Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 23 die Regel, daß eingetragene dingliche Rechte nur durch Löschung im Grundbuche aufgehoben werden.

Gründe gegen das Erlöschen des Rechtes.

Die Richtung, in welcher hiernach die Landesgesetzgebung thätig gewesen ist, darf als Beweis dafür angesehen werden, daß der Grundsatz des Erlöschens der begrenzten Rechte in den Fällen der Vereinigung nicht durchgeführt werden kann, ohne erhebliche Interessen zu schädigen. Die Durchführung stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn das Recht, welches mit dem Eigenthume

---

[1]) Ges., die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr., für das Königreich Sachsen v. 6. Nov. 1843 §§ 117, 119, Altenburg v. 13. Okt 1852 §§ 119, 121, Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 und ä. L. v. 27. Febr. 1873 §§ 118, 120; sächs. G. B. §§ 442—444.

[2]) Bayern § 58; Württemberg Art. 108, 109, 120; Hessen Art. 98, 142, 159; Weimar § 79.

[3]) Preuß. A L. R. I, 22 § 54. Nach dem österr G. B. § 526 bleibt im Falle der Veräußerung des dienenden oder des herrschenden Grundstückes die Servitut bestehen. Aehnlich der hess. Entw. II, 4 Art. 80.

in derſelben Perſon zuſammentrifft, mit dem Rechte eines Dritten belaſtet iſt. Das Geſetz könnte ſich freilich auf die Beſtimmung beſchränken, daß das Recht inſoweit fortbeſtehe, als der Fortbeſtand durch das Recht des Dritten erheiſcht werde. Allein dann hätte man ein relatives dingliches Recht, damit aber eine Rechtsbildung, durch welche die Harmonie in dem Syſteme der Rechte an Grundſtücken geſtört und mancherlei Unzuträglichkeiten entſtehen würden. Auch darf nicht außer Acht gelaſſen werden, daß das Geſetz, wenn es der Vereinigung grundſätzlich erlöſchende Wirkung beilegte, dieſen Grundſatz doch für die Fälle nicht aufrecht erhalten könnte, in welchen ein Dritter vermöge des öffentlichen Glaubens, mit welchem das Grundbuch auszuſtatten iſt, nach den §§ 837 und 838 berechtigt wäre, das ungelöſchte Recht als fortbeſtehend zu betrachten. Der Hauptgrund aber, welcher gegen die Annahme des gedachten Grundſatzes in's Gewicht fällt, iſt die Rückſicht auf das Inſtitut der Eigenthümerhypothek. Der Entwurf muß dieſes Inſtitut anerkennen, um einerſeits das berechtigte Intereſſe des Realkredites in großen Gebieten des Reiches zu wahren und zu fördern, andererſeits zu verhindern, daß den nachſtehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vortheil aus der Vereinigung eines vorſtehenden Rechtes mit dem Eigenthume erwachſe. Eigenthümerhypothek.

Die Sicherheit, welche ein mit mehreren Hypotheken belaſtetes Grundſtück dem einzelnen Gläubiger gewährt, iſt hauptſächlich durch den Rang bedingt, welchen die Hypothek desſelben in der Reihenfolge der Eintragungen einnimmt. Jede neue Hypothek iſt auf die letzte Stelle angewieſen, der Kredit des Eigenthümers mithin um ſo ſchwächer, je ſtärker das Grundſtück bereits belaſtet iſt. Wenn daher eine beſſere Stelle in der Rangordnung frei wird, indem die Hypothek mit dem Eigenthume in derſelben Perſon zuſammentrifft, ſo fordert die Rückſicht auf den Realkredit, daß der Eigenthümer die Möglichkeit habe, die nämliche Sicherheit, welche die alte Hypothek dem Gläubiger verſchaffte, zur Befriedigung eines weiteren Kreditbedürfniſſes an einen neuen Gläubiger zu vergeben. Dieſe Möglichkeit iſt aber nur dann vorhanden, wenn dem Eigenthümer die ungelöſchte Hypothek zugeſchrieben bezw. die Befugniß eingeräumt wird, über das dingliche Recht zu Gunſten eines Dritten zu verfügen, ganz abgeſehen davon, daß die Eintragung einer neuen Hypothek mit Weiterungen und Koſten verknüpft iſt. Die Zulaſſung der Eigenthümerhypothek hat unleugbar die Billigkeit und die Gerechtigkeit für ſich. Die Gläubiger haben Anſpruch auf Befriedigung aus dem Grundſtücke nur in der Reihenfolge, in welcher ihre Hypotheken zur Eintragung gelangt ſind. Fällt eine Hypothek weg, ſo gewinnt der Inhaber einer nachſtehenden Poſt dadurch eine Verbeſſerung ſeiner Stellung, auf welche er vermöge ſeines dinglichen Rechtes nicht rechnen durfte. Wird dieſer Erfolg ſchon mit dem Zuſammentreffen der Hypothek und des Eigenthumes in derſelben Perſon verbunden, ſo iſt es einfach das dem Hypothekenrechte nicht unterworfene Vermögen des Eigenthümers, aus welchem jener Vortheil dem nachſtehenden Gläubiger zugewendet wird. Darin liegt aber eine ungerechtfertigte Benachtheiligung des Eigenthümers, wenn dieſer dem Nachhypothekar nur mit dem Grundſtücke haftet, und jedenfalls der perſönlichen Gläubiger des Eigenthümers, da auf das übrige Vermögen desſelben die Hypothek ein Vorzugsrecht nicht begründet.

Offenhaltung der Stelle.

Fraglich kann nur sein, ob das gesteckte Ziel nicht auch durch das Institut der Offenhaltung der Stelle sich erreichen läßt. Dieses Institut bildet in der Entwickelung des deutschen Hypothekenrechtes den Uebergang von dem römischen Abfindungsgeschäfte zur Eigenthümerhypothek[1]). Es dient demselben wirthschaftlichen Zwecke, wie diese; aber es erfüllt den Zweck weniger vollkommen. Der Eigenthümer, welcher an der Stelle einer erloschenen Hypothek eine neue Post eintragen lassen darf, ist dadurch in der Lage, den Gläubiger ebenso sicher zu stellen wie durch Abtretung der alten Post. Insoweit leistet mithin die Offenhaltung der Stelle dasselbe wie die Eigenthümerhypothek. Aber wenn das Kreditbedürfniß nicht sogleich hervortritt oder zunächst vergeblich nach Befriedigung ringt, dann zeigt sich die günstigere Position, welche die Eigenthümerhypothek verbürgt. Die Verfügung über die Stelle geht dem Eigenthümer und dessen Gläubigern verloren, wenn das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird. Es tritt dann also zu Gunsten der nacheingetragenen Rechte der Erfolg ein, dessen Unbilligkeit oben gekennzeichnet ist. Wenn dagegen der Eigenthümer freiwillig das Eigenthum an einen Anderen abtritt, so ermächtigt ihn die offene Stelle nicht, sich wegen des etwaigen Kaufgeldrückstandes mit ihrem Range eine Hypothek vorzubehalten, weil die Verfügung über sie auf den Erwerber des Grundstückes übergeht. Alle diese Dienste leistet die Eigenthümerhypothek. Wenn gleichwohl das Institut der Offenhaltung der Stelle noch in neuerer Zeit der Gesetzgebung warm empfohlen ist, so liegt der Grund hierfür theils in der vermeintlichen Schwierigkeit, den Fortbestand der Hypothek in der Hand des Eigenthümers juristisch zu rechtfertigen, theils in der Auffassung, daß die Eigenthümerhypothek im Grunde nichts weiter sei als ein Vorbehalt der Stelle. Vom Standpunkte des Entwurfes aber ist weder jene Schwierigkeit unüberwindlich noch diese Auffassung zutreffend. Die Offenhaltung der Stelle enthält sichtbar ein Problem, welches noch der Lösung harrt, das Problem nämlich, wie man sich rechtlich die mit der Verfügung über die Stelle verbundene Trennung des Ranges von der Hypothek und die Uebertragung desselben auf eine andere Hypothek denken soll, wenn man im Anschlusse an das geltende Recht davon ausgeht, daß die Hypothek das ganze Grundstück ergreift und nicht an einer Werthparzelle haftet. Daß endlich die Offenhaltung der Stelle *neben* der Eigenthümerhypothek[2]) kein Bedürfniß ist, braucht hier nicht weiter dargelegt zu werden.

Grundschuld und andere Rechte.

Was von der Hypothek gilt, wenn das Recht des Gläubigers an dem Grundstücke mit dem Eigenthume in derselben Person zusammentrifft, muß auch für die *Grundschuld* gelten, da diese von jener nur dadurch sich unterscheidet, daß sie nicht zur Sicherung einer Forderung dient. Was dagegen das eingetragene *Vorkaufsrecht*, das *Erbbaurecht*, die *Dienstbarkeiten* und die *Reallasten* betrifft, so kann zugegeben werden, daß bei denselben der Fortbestand des Rechtes in dem vorausgesetzten Falle durch das praktische Bedürfniß weniger dringend gefordert wird als bei der Hypothek und der Grund-

[1]) v. *Roth*, die hypothekarische Sukzession S. 29.

[2]) Mecklenburg. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 24 und Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 26.

ſchuld. Allein ganz zu leugnen iſt das Bedürfniß für keines der bezeichneten Rechte. Ein juriſtiſches Bedenken von durchſchlagender Bedeutung aber iſt gegen die Aufrechterhaltung dieſer Rechte in der Hand des Eigenthümers ebenſowenig vorhanden wie gegen die Anerkennung der Eigenthümerhypothek. Es rechtfertigt ſich daher ſchon zur Ermöglichung einer einfachen Geſtaltung der begrenzten Rechte an einem Grundſtücke, den Satz, daß die Vereinigung eines ſolchen Rechtes mit dem Eigenthume in derſelben Perſon jenes Recht nicht aufhebt, auf alle begrenzten Rechte auszudehnen.

Konſtruktion des Rechtes an dem eigenen Grundſtücke.

Wie das in dem § 835 anerkannte Recht an der eigenen Sache juriſtiſch zu konſtruiren iſt, entzieht ſich der Beſtimmung durch das Geſetz. Die Konſtruktion iſt Aufgabe der Wiſſenſchaft. Nur das mag hier hervorgehoben werden, daß der oft gehörte Einwurf gegen die Eigenthümerhypothek, der Eigenthümer könne ein beſonderes Recht an der Sache nicht haben, weil das Eigenthum bereits alle mit den begrenzten Rechten verbundenen Vortheile gewähre, nicht zutreffend iſt. Die bisherigen Erörterungen ergeben, daß der Eigenthümer, wenn das Grundſtück veräußert wird, das an demſelben ihm zuſtehende Recht vollinhaltlich ausüben und, wenn er das Eigenthum behält, zu Gunſten eines Dritten verfügen kann, — beides Vortheile, deren reeller Werth ſich nicht beſtreiten läßt.

5. Löſchung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beſchränkten Rechtes.

§ 836.

a) Erlöſchen des Rechtes ohne Löſchung.

a) Das Erlöſchen der begrenzten Rechte an einem Grundſtücke iſt, von den Fällen des Verzichtes[1]) abgeſehen, nicht davon abhängig, daß es in das Grundbuch eingetragen wird; es vollzieht ſich außerhalb des Buches durch Thatſachen, welchen das Geſetz die das Recht vernichtende Wirkung beilegt. Hierher gehört namentlich die Vorſchrift des Entwurfes § 142 Abſ. 1: „Iſt einem Rechtsgeſchäfte ein beſtimmter künftiger Zeitpunkt oder ein künftiges Ereigniß, deſſen Eintritt gewiß iſt, als Endtermin beigefügt, ſo endigt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeſchäftes mit dem Endtermine". Dieſer Grundſatz gilt auch dann, wenn einem Rechte nicht durch das Rechtsgeſchäft, als deſſen Wirkung dasſelbe ſich darſtellt, ſondern durch das Geſetz eine zeitliche Grenze gezogen iſt. Wird in ſolchen Fällen nach Eintritt des Erlöſchungsgrundes bei einem in das Grundbuch eingetragenen Rechte das letztere gelöſcht, ſo hat dies die Bedeutung einer Beurkundung und Veröffentlichung der Aufhebung[2]). Die Löſchung darf, wie jede andere Eintragung, nach der Beſtimmung, welche in der Note e zu § 828 der Grundbuchordnung vorbehalten iſt, nur erfolgen, wenn ſie von demjenigen bewilligt iſt, gegen deſſen Recht ſie ſich richten ſoll. Wenn gleichwohl der Entwurf in dem § 836 die Vorausſetzung der Löſchung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beſchränkten Rechtes regelt, ſo kann es

[1]) Vergl die zu § 833 angezogenen Paragraphen des Entwurfes.
[2]) Vergl. oben S. 155.

scheinen, als ob diese Regelung dem formellen Rechte angehörte und deshalb in der Grundbuchordnung ihre Stelle zu finden hätte. Bei näherer Betrachtung wird sich jedoch ergeben, daß der § 836 durchaus nicht ohne materiellen Rechtsinhalt ist.

Der erste Absatz ordnet freilich nur das Verfahren, wenn er im Falle des Todes des Berechtigten die Löschung des Rechtes ohne die Bewilligung des Rechtsnachfolgers zuläßt. Denn die materiellrechtliche Vorschrift, welche in ihm gefunden werden kann, ist bereits in dem § 142 Abs. 1 zum Ausdrucke gelangt. Aber er ist für das Verständniß des zweiten Absatzes erforderlich, seine Aufnahme in das Gesetzbuch daher unerläßlich.

Der zweite Absatz hat zwar auch eine formelle Seite, da er, wenn nach Inhalt der Eintragung ein Anspruch auf rückständige Leistungen nicht ausgeschlossen ist, die Befugniß des Eigenthümers, die Löschung des Rechtes unter der angegebenen Voraussetzung von der Buchbehörde zu verlangen, von dem Ablaufe einer Frist und der Nichteintragung eines Widerspruches abhängig macht. Allein seine hauptsächliche Bedeutung liegt auf dem Gebiete des materiellen Rechtes, indem er die Wirksamkeit des durch den Tod des Berechtigten nicht erlöschenden Rechtes auf etwaige Rückstände abschwächt.

b) Löschung des erloschenen Rechtes: auf den Nachweis des Todes des Berechtigten

b) Was die Sache selbst betrifft, so ist die Löschung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechtes, bei welchem Rückstände nicht in Frage kommen, nach den bestehenden Gesetzen in der Regel auf den urkundlichen Nachweis, daß der Berechtigte verstorben ist, von der Buchbehörde zu bewirken[1]). Nur in Mecklenburg findet in diesem Falle die Löschung erst nach Ablauf eines Jahres statt[2]). Der Entwurf läßt sie sofort zu, indem er davon ausgeht, daß ihre Vertagung durch das Interesse der Rechtsnachfolger des Berechtigten nicht geboten ist.

nach Ablauf eines Jahres.

Anders liegt das Verhältniß, wenn nach Inhalt der Eintragung ein Anspruch auf rückständige Leistungen nicht ausgeschlossen ist. An sich besteht das dingliche Recht auch wegen der Rückstände. Wenn daher etwas Besonderes nicht vorgeschrieben würde, so könnte die Löschung nur erfolgen, wenn sie von dem leidenden Theile bewilligt oder der Nachweis erbracht wäre, entweder daß Leistungen nicht rückständig geblieben oder daß die rückständig gebliebenen berichtigt seien. Eine solche Regelung würde dem anderen Theile die Erwirkung der Löschung über Gebühr erschweren, hierdurch aber die billige Rücksicht auf die Interessen desselben verletzen, namentlich in Fällen, in welchen ein Altentheil oder eine Leibrente den Gegenstand der Eintragung bildet, den Realkredit des Eigenthümers empfindlich beschränken. Die preuß. Grundb. O. läßt deshalb, wenn Rückstände möglich sind, doch nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des Berechtigten die Löschung zu, sofern nicht bis dahin eine Vormerkung zur Erhaltung des dinglichen Rechtes eingetragen ist. Ebenso die

---

[1]) Grundb. O. für Preußen § 102, Oldenburg § 82, Braunschweig § 47, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen ꝛc.

[2]) Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 § 25 Ziff. 2, Domanial-Hypoth. Ges für Schwerin § 19, für Strelitz § 35 Ziff. 3.

Grundb. O. für Oldenburg, Braunſchweig und andere Staaten[1]). In dem anhalt. Grundb. Geſ. § 23 wird die Friſt durch die Zeit beſtimmt, mit deren Ablaufe die Rückſtände verjähren. Die mecklenburgiſchen Geſetze haben die Eintragung einer Vormerkung nicht vorgeſehen. Der Entwurf ſchließt ſich im Weſentlichen der preuß. Grundb. O. an.

Wahrung des Anſpruches auf Rückſtände

Während dem Eigenthümer des Grundſtückes daran gelegen ſein muß, daß das erloſchene Recht möglichſt bald gelöſcht werde, erheiſcht das Intereſſe der Rechtsnachfolger des Berechtigten, daß die Löſchung nicht erfolge, ohne daß ein etwaiger Anſpruch auf rückſtändige Leiſtungen befriedigt iſt. Die Löſchung hebt freilich das dingliche Recht inſoweit nicht auf, als Rückſtände vorhanden ſind. Aber ſie ſetzt dasſelbe den Gefahren aus, welche für nicht eingetragene Rechte aus dem Grundſatze der publica fides des Grundbuches ſich ergeben. Jenem Intereſſe trägt jedoch das Geſetz genügend Rechnung, wenn es den Rechtsnachfolgern des Berechtigten eine angemeſſene Friſt zur Geltendmachung des Anſpruches auf rückſtändige Leiſtungen gewährt und die Löſchung erſt nach fruchtloſem Ablaufe der Friſt geſtattet. Nahe liegt der Gedanke, die Löſchung bis zum Ablaufe der vierjährigen Verjährungsfriſt des § 157 zu vertagen. Allein das Intereſſe des Eigenthümers könnte durch eine ſo weit bemeſſene Schwebezeit gefährdet werden. Es empfiehlt ſich deshalb die Abkürzung der Friſt auf ein Jahr um ſo mehr, als dieſer Zeitraum zum Schutze der Anſprüche des anderen Theiles völlig ausreichend erſcheint.

durch Eintragung eines Widerſpruches gegen die Löſchung.

Die Friſt iſt aber nur dann gewahrt, wenn vor ihrem Ablaufe der Rechtsnachfolger des Berechtigten der Löſchung des Rechtes widerſpricht und die Eintragung ſeines Widerſpruches bei dem Grundbuchamte nachſucht. Der Beginn der Friſt fällt,

α. wenn der Tag, an welchem der Berechtigte verſtorben iſt, durch die Beurkundung des Sterbefalles nachgewieſen iſt, nach § 149 auf dieſen Tag,

β. wenn der Berechtigte für todt erklärt worden, auf den Tag, an welchem das die Todeserklärung ausſprechende Urtheil erlaſſen iſt. Daß durch ein ſolches Urtheil der Beweis des Todes ebenſo vollſtändig geführt wird, wie durch eine Sterbeurkunde, ergiebt ſich aus den §§ 21 und 198.

Eintr. des Widerſpr.

Die Eintragung des Widerſpruches hat von dem Standpunkte, welchen der Entwurf in dem § 844 einnimmt, nicht die Bedeutung einer Vormerkung. Eher noch würde man von einer Verfügungsbeſchränkung reden können, da der Eigenthümer durch den eingetragenen Widerſpruch an der Stellung des Löſchungsantrages, zu welchem er an ſich berechtigt iſt, gehindert wird. Dann aber würde die Eintragung nur auf das Erſuchen des Prozeßgerichtes zuläſſig ſein. Geht man dagegen davon aus, daß es ſich hier um einen einfachen Proteſt gegen die Löſchung handelt, deſſen Eintragung gar nicht abgelehnt werden kann, wenn der Proteſtirende ſich als Rechtsnachfolger des Berechtigten ausweiſt, ſo iſt die gerichtliche Vermittelung entbehrlich. Indeſſen iſt hier auf die juriſtiſche Konſtruktion überhaupt kein Gewicht zu legen. Entſcheidend iſt vielmehr, daß das Geſetz, wenn es ohne Weiterungen den Eigenthümer zu

[1]) Siehe S. 206 Anm. 1.

dem Löschungsantrage verstattet, in ebenso einfacher Weise die Erhaltung des Rechtes dem Rechtsnachfolger des Berechtigten ermöglichen muß. Der Protestirende darf nicht an das Gericht verwiesen werden, weil dieser Weg mit Kosten verbunden ist, meist zur Klage nöthigt und in seiner Umständlichkeit in keinem Verhältnisse zu dem gewöhnlich nicht gerade erheblichen Werthe des Gegenstandes steht. Ausgeschlossen ist zwar die Anrufung des Gerichtes nicht unbedingt. Aber sie beschränkt sich doch auf die Fälle, in welchen der Rechtsnachfolger des Verstorbenen, sei es der Erbe selbst oder ein Zessionar, aus besonderen Gründen, namentlich weil er nicht in der Lage ist, die Rechtsnachfolge dem Grundbuchamte darzuthun, sich an letzteres mit Erfolg nicht wenden kann.

6. Oeffentlicher Glaube des Grundbuches.

a) Schutz des Rechtserwerbes durch den Grundsatz des öffentlichen Glaubens.

§ 837.

Sicherung des Rechtserwerbes.

Unter dem Einflusse des Grundsatzes, daß Niemand mehr Rechte auf einen Anderen übertragen kann, als er selber hat, ist die rechtliche Sicherheit der Erwerbung eines Rechtes an einem Grundstücke davon abhängig, daß dem Erwerber vorher nicht blos die Berechtigung des Veräußerers, sondern auch die Belastungen des Grundstückes bekannt geworden sind. Diese Kenntniß wird vom Standpunkte des Entwurfes durch die Grundbucheinrichtung vermittelt. Das Grundbuch vermag aber die ihm gestellte Aufgabe nur unter der Voraussetzung zu erfüllen, daß die Nachrichten, welche es über die Rechte am Grund und Boden giebt, als richtig angesehen werden dürfen. Denn können die Betheiligten sich auf den Inhalt des Buches nicht verlassen, so sind sie der Gefahr der Täuschung ausgesetzt, und bei dieser Gefahr wäre zu besorgen, daß die ganze Einrichtung zu einer Falle für den redlichen Geschäftsverkehr würde. Wenn daher die Gesetzgebung, um diesen Verkehr auf eine feste und sichere Grundlage zu stellen, auf das Grundbuch als die Erkenntnißquelle der Rechte am Grund und Boden verweist, so muß sie auch die Reinheit dieser Quelle, die Zuverlässigkeit des Buches, gewährleisten.

Eine gewisse Bürgschaft für die Uebereinstimmung des Buchinhaltes mit der wirklichen Rechtslage leistet das Gesetz dadurch, daß es Einrichtungen und Vorkehrungen trifft, welche eine sorgfältige Führung der Bücher ermöglichen, und die Eintragungen von einer eingehenden Prüfung der Buchbehörde abhängig macht. Mit diesen Mitteln operiren vornehmlich die Gesetze des Großherzogthumes Hessen, des vormaligen Herzogthumes Nassau, des Fürstenthumes Schwarzburg-Rudolstadt, der Stadt Frankfurt a. M., des vormaligen Herzothumes Lauenburg und des oldenburgischen Fürstenthumes Birkenfeld. Die Gesetze der übrigen Gebiete des Reiches mit Ausschluß derjenigen, in welchen französisches Recht gilt, bedienen sich zwar der nämlichen Mittel; aber sie gehen fast sämmtlich davon aus, daß dieselben allein nicht genügend sind, um den Eintragungen das für den Verkehr unerläßliche Maß von Unanfecht-

Standpunkt des geltenden Rechtes.

barkeit zu sichern, daß vielmehr dieses Ziel sich nur erreichen läßt, wenn der an die Spitze gestellte Grundsatz für die eingetragenen Rechte durchbrochen oder doch wenigstens erheblich eingeschränkt wird. Von diesem Standpunkte gilt derjenige, welcher in dem Buche als Eigenthümer eingetragen steht, zu Gunsten eines Dritten, dem er das Eigenthum überträgt oder ein anderes Recht an dem Grundstücke bestellt, als der Eigenthümer, auch wenn er in Wirklichkeit nicht der Eigenthümer ist. Dies ist das Prinzip der publica fides oder des öffentlichen Glaubens des Grundbuches. Die Entwickelung des Prinzipes in Deutschland ist kurz folgende:

Das preuß. A. L. R. gewährleistete demjenigen, für welchen eine Hypothek gegen den eingetragenen Besitzer in das Hypothekenbuch eingetragen wurde, das Eigenthum des Besitzers. Auch schützte es den Dritten, welcher auf die eingetragene Hypothek durch lästigen Vertrag ein Recht erlangte, gegen alle Einwendungen, die an sich den dinglichen Anspruch entkräften konnten, sofern sie nicht vorher dem Dritten bekannt geworden waren, ferner gegen die Geltendmachung von Rechten, deren Löschung zur Zeit der Erwerbung des Rechtes auf die Hypothek bewirkt war. Dagegen stand die Eigenthumsübertragung nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens, obschon gewisse Beschränkungen des Eigenthumes gegen denjenigen versagten, der in Unkenntniß derselben das Grundstück oder ein Recht an demselben erworben hatte[1]).

Das bayr. Hypoth. Ges. vom 1. Juni 1822 bestimmt unter § 25, daß „jede im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind". Nach dem württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 65 ist derjenige, welcher „ein Unterpfand erwirbt, der Regel nach gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuch noch im Unterpfandsbuch bemerkt gewesen"[2]). Das gleiche Prinzip liegt dem weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 zu Grunde, obschon seine Konsequenzen in demselben weniger scharf hervortreten[3]).

Das sächs. Ges., die Grund- und Hypoth. B. ꝛc. betr., v. 6. November 1843 übernahm die mitgetheilte Bestimmung des bayr. Ges., verallgemeinerte dieselbe jedoch namentlich dadurch, daß es auch die Eigenthumsübertragung unter dem Schutz der publica fides des Grundbuches stellte. Ihm folgen hierin die gleichnamigen Gesetze für Altenburg und beide Reuß §§ 20 u. 21.

Auch das sächs. G. B. verwerthet das Prinzip des Ges. von 1843 insoweit, als es desselben neben dem Grundsatze der formalen Rechtskraft des

---

[1]) Die entscheidenden Bestimmungen finden sich A. L. R. I, 4 §§ 15—19, I, 10 §§ 7—11 und 24, I, 11 §§ 264, 265, I, 18 §§ 259, 260, 295—297, 326, 665—667, I, 20 §§ 410, 423—426, 522, 523, 526—529.

[2]) Wegen der Ausnahmen siehe die Art. 68—70, 222.

[3]) Vergl. die §§ 14, 86, 131 ff. u. 186 ff. des Pfandges.

Buchinhaltes bedurfte[1]). Etwas weiter geht der bayr. Entw. III Art. 58—61 und 74—77.

In den Grundbuchgesetzen für Meiningen Art. 2 und Anhalt §§ 9, 10, 36 sind die Hauptkonsequenzen aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuches gezogen.

Ihren Abschluß hat die Entwickelung in den preuß. Gesetzen v. 5. Mai 1872 gefunden. Das Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. dehnt den Schutz, welchen das A. L. R. vornehmlich der Hypothek gewährte, auf alle dinglichen Rechte aus. Nach § 9, welcher die Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes gestattet, „bleiben die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erworbenen Rechte in Kraft". Der § 11 mißt Beschränkungen des Eigenthumes Rechtswirkung gegen Dritte nur bei, wenn die Beschränkung in dem Grundbuche eingetragen oder dem Dritten bekannt gewesen ist. In dem § 38 werden die Einreden gegen den hypothekarischen Anspruch, welche das persönliche Schuldverhältniß betreffen, im Anschlusse an A. L. R. I, 20 §§ 422—424 eingeschränkt, die Einreden gegen die Grundschuldklage noch weiteren Einschränkungen unterworfen, die Einreden „gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers" aber überhaupt ausgeschlossen. Nach § 49 endlich erlangen „Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld Rechtswirkung gegen Dritte nur, wenn dieselben bei Hypotheken im Grundbuch eingetragen oder bei Grundschulden auf dem Grundschuldbriefe vermerkt sind oder wenn sie den Dritten bei Erwerb ihres Rechtes an dem Grundstück bekannt waren". Außerdem bestimmt die Grundb. O. § 118, daß die Wiedereintragung einer aus Versehen des Grundbuchamtes gelöschten Post nicht zum Nachtheile derjenigen wirkt, „die nach der Löschung Rechte an dem Grundstück oder auf eine der gelöschten gleich- oder nachstehende Post in redlichem Glauben erworben haben". Die angeführten Vorschriften sind, wenn auch zum Theil anders gefaßt, in die Grundbuchgesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen und beide Lippe übergegangen.

Standpunkt des Entw

Bei dieser Lage des geltenden Rechtes kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Grundsatz des öffentlichen Glaubens in dem bürgerlichen Gesetzbuche zur Anerkennung gelangen muß[2]). Der § 837 bringt den Grundsatz für die Fälle zur Geltung, in welchen der Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem eingetragenen Rechte auf den Inhalt des Grundbuches gestützt wird, während er nach der durch denselben verdeckten wirklichen Rechtslage hinfällig sein oder doch nicht in dem buchmäßigen Umfange bestehen würde.

---

[1]) Der Standpunkt des Entwurfes gegenüber dem Prinzipe der formalen Rechtskraft ist oben S. 137—140 dargelegt, dabei auch der bezügliche Inhalt des sächs., des mecklenburg., des hamburg. und des lübeck. Grundbuchrechtes gewürdigt.

[2]) Vergl. hierzu oben S. 17, 18, 20, 139.

A. Die Voraussetzungen der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches sind im Allgemeinen nicht zweifelhaft. Herzuheben ist Folgendes: A. Voraussetzungen des Schutzes:

I. Geschützt wird nur der durch Rechtsgeschäft und der im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes sich vollziehende Erwerb. I. Die geschützten Erwerbsarten.

1. Der rechtsgeschäftliche Erwerb bildet den normalen Fall, von welchem der Gesetzgeber auszugehen hat. 1. Rechtsgeschäftlicher Erwerb.

a) Sowohl die Eigenthumsübertragung als auch die Begründung eines begrenzten Rechtes an dem Grundstücke steht unter dem Schutze, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches gewährt. Der Schutz darf indessen nicht auf diese Geschäfte beschränkt, sondern muß auf die Verfügungen über eingetragene Rechte Dritter ausgedehnt werden. Das praktische Bedürfniß mag freilich nicht überall mit gleicher Stärke sich geltend machen. Allein innere Gründe für die Beschränkung des Schutzes auf gewisse Rechte sind nicht erfindlich, und einfacher wird das Gesetz sicherlich, wenn es den rechtsgeschäftlichen Erwerb der Rechte an Grundstücken hier ebenso wie in dem § 828, ohne zwischen den einzelnen Rechten zu unterscheiden, gleichmäßig regelt[1]).

b) Es macht keinen Unterschied, ob der Rechtserwerb von dem eingetragenen Berechtigten oder dessen Erben hergeleitet wird; nur daß im Falle einer Verfügung des Erben der öffentliche Glaube des Grundbuches sich darauf beschränkt, daß das Recht, welches den Gegenstand oder die Grundlage der Verfügung bildete, dem Erblasser zugestanden hat.

c) Nach dem Pfandgesetz für Württemberg Art. 84 ff. und den Grundbuchgesetzen für Altenburg und Reuß § 21 kann der Erwerber auf den öffentlichen Glauben des Buches sich nur berufen, wenn er selbst zur Eintragung gelangt ist. Für das hamb. Ges. und das sächs. G. B. ergiebt sich dasselbe aus dem Prinzipe der formalen Rechtskraft des Buchinhaltes. Aus dem Wesen des Publizitätsprinzipes folgt es nicht. Der Entwurf kann auf den Schutz des nicht eingetragenen Erwerbers nicht verzichten, weil er für die Uebertragung der Briefhypothek und der Grundschuld die Eintragung in das Grundbuch nicht als Erforderniß aufstellt[2]).

d) Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. versagt die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches demjenigen, welcher ein Recht von dem Eigenthümer oder eine Hypothek von dem Gläubiger ohne Entgelt erworben hat[3]). Auch stehen auf diesem Standpunkte die meisten Landesgesetze, welche den Grundsatz des öffentlichen Glaubens anerkennen[4]). Entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb.

---

[1]) Vergl. oben S. 19, 20.

[2]) §§ 1112, 1113, 1136.

[3]) Preuß. Ges. §§ 9 und 38 Abs. 2. Siehe auch das A. L. R. Einl. § 96 und I, 20, § 423. Bei der Erwerbung einer eingetragenen Grundschuld wird nicht unterschieden, ob die Erwerbung eine entgeltliche oder eine unentgeltliche ist.

[4]) Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc.; anhalt. Grundb. Ges. § 10; bayr. Hypoth. Ges. § 26 Nr. 4.; württemb. Pfandges. Art. 72, 88 und Pfandentwickelungsges. Art. 15.

Die mecklenb. Gesetze[1]) dagegen, das hamb. Ges. § 3, das sächs. G. B. §§ 278, 429 sowie die Gesetze für Altenburg und Reuß §§ 20, 21 behandeln den unentgeltlichen Erwerb nicht anders als den entgeltlichen. Der Entwurf unterscheidet gleichfalls nicht zwischen beiden Kategorieen. Bei Betonung der Billigkeit, welche für die Unterscheidung sprechen soll, pflegt an Fälle gedacht zu werden, in welchen eine reine Schenkung liquide vorliegt. Solche Fälle sind aber erfahrungsmäßig selten. Viel häufiger erscheint der freigebige Titel mit dem lästigen vermischt, z. B. wenn durch die Uebertragung des Eigenthumes an einem Grundstücke oder durch die Bestellung einer Hypothek künftige Erben abgefunden oder Kinder ausgestattet werden. Um auch diese Fälle insoweit zu treffen, als die Erwerbung eine unentgeltliche ist, müßte das Gesetz eine Sonderung der freigebigen Seite des Geschäftes von der lästigen in Aussicht nehmen. Hierdurch aber würden überaus schwierige thatsächliche Untersuchungen erforderlich werden. Auch würde die Billigkeit gegen den durch den unentgeltlichen Erwerb Verletzten zu einer großen Unbilligkeit gegen den Erwerber führen können, wenn dieser der für ihn günstigen Vermögenslage entsprechend seine wirthschaftliche Stellung gestaltet hat und nunmehr dieselbe aufzugeben genöthigt wäre. Der durchschlagende Grund gegen die Zurücksetzung des unentgeltlichen Erwerbes aber liegt in der Rücksicht auf den Immobiliarverkehr überhaupt. Wenn dieser Verkehr auf eine sichere Grundlage gestellt werden soll, so darf das vorschriftsmäßig errichtete und vollzogene Erwerbsgeschäft nicht durch die Behauptung eines Dritten, daß der Erwerb ohne Entgelt erfolgt sei, in Frage gezogen werden; die Berücksichtigung einer solchen Behauptung würde den Erwerber der Gefahr aussetzen, durch frivole und chikanöse Angriffe in dem ruhigen Genusse des entgeltlich erworbenen Rechtes gestört zu werden.

Subjektiver Glaube des Erwerbers.

e) Der Rechtsschutz, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches gewährt, kann nur demjenigen zu statten kommen, welcher diesem Glauben gefolgt ist. Dies hat jedoch nach dem Entwurfe nicht die Bedeutung, als sei der Schutz des Erwerbers davon abhängig, daß derselbe vor der Erwerbung das Buch eingesehen habe und außerdem beweise, daß er bei der Erwerbung im guten Glauben an die Richtigkeit des Buchinhaltes gewesen sei.

Das Oeffentlichkeitsprinzip bethätigt sich nicht blos in dem öffentlichen Glauben des Grundbuches, sondern auch darin, daß es dem Erwerber das erworbene Recht erhält. Ein Rechtsgeschäft kann in Beziehung auf ein eingetragenes Recht mit dinglicher Wirksamkeit nur unter Voraussetzung desjenigen objektiven und subjektiven Rechtsbestandes vorgenommen werden, welchen das Buch ausweist. Deshalb muß das Grundbuch formell öffentlich sein, und diese Oeffentlichkeit hat den Sinn, daß es von jedem Betheiligten nicht blos eingesehen werden kann[2]), sondern auch eingesehen werden muß. Hieraus folgt aber nur, daß, wenn die Einsicht unterbleibt, wo sie hätte geschehen sollen, gleichwohl der Inhalt des Buches als dem Betheiligten bekannt geworden

[1]) v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 10 S. 86.

[2]) Die erforderliche Vorschrift ist der Grundb. O. vorbehalten. Note 1 zu § 837.

anzusehen und gegen denselben wirksam ist. Eine weitere Folge kann an die Nichteinsicht auch dann nicht geknüpft werden, wenn der Erwerber sich auf den Inhalt des Grundbuches beruft, um die Rechtsgültigkeit der Erwerbung durch den öffentlichen Glauben des Buches zu rechtfertigen.

Hat nun das Grundbuch die Bestimmung, die für den Rechtsverkehr erforderlichen Nachrichten über die Rechte am Grund und Boden zu geben, so folgt von selbst, daß diese Nachrichten lediglich um deswillen, weil sie in dem Buche stehen, geeignet sind, die Ueberzeugung von der Richtigkeit ihres Inhaltes in Jedem hervorzurufen, für den sie ein Interesse haben. Wenn daher Jemand bei einem dinglichen Erwerbsgeschäfte das Grundbuch für sich hat, so muß von ihm angenommen werden, daß er im Glauben an die Richtigkeit der Nachrichten des Buches auf das Geschäft sich eingelassen hat. Das Gesetz kann von dem Erwerber nicht den Beweis der Erwerbung im guten Glauben fordern, ohne mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches in Widerspruch zu treten und dadurch diesen Grundsatz in einem Grade abzuschwächen, daß derselbe für die Rechtsicherheit das nicht mehr leisten kann, was er zu leisten bestimmt ist. Den Anforderungen der Rechtsmoral wird dadurch genügt, daß die Berufung auf den öffentlichen Glauben demjenigen versagt wird, der die Thatsachen gekannt hat, aus welchen sich die Unrichtigkeit des Buchinhaltes ergiebt.

f) Die Täuschung, welche der Grundsatz des öffentlichen Glaubens verhindern soll, muß in dem Buche selbst ihren Grund haben. Wer die Erwerbung eines eingetragenen Rechtes von einer Person herleitet, die fälschlich unter dem Namen des Berechtigten verfügt hat, kann zum Schutze dieser Verfügung nicht auf das Grundbuch sich stützen. Denn nicht sein Vertrauen auf den Inhalt des Buches, sondern das Vertrauen in die Person seines Rechtsurhebers hat ihn getäuscht. Jener Inhalt berechtigte ihn nicht, diese Person für den Berechtigten zu halten[1]).

2. Der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wurde von der älteren Gesetzgebung dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe hier nicht gleichgestellt. Nach dem preuß. A. L. R. I, 10 § 8 sollte nur derjenige geschützt sein, der in Verhandlungen mit dem Eingetragenen sich eingelassen hätte. Dabei ist freilich nicht zweifelhaft, daß dem Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbes der Fall gleichsteht, in welchem die Eintragung des Erwerbers auf Grund der rechtskräftigen Verurtheilung des anderen Theiles zu ihrer Bewilligung erfolgt ist[2]). Aber die neuere Rechtsentwickelung geht weiter: der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches wird auch dem gewährt, der im Wege der Zwangsvollstreckung eine Hypothek auf das Grundstück des Schuldners eintragen[3]) oder ein eingetragenes Recht sich über-

2. Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung.

---

[1]) Vergl. oben S. 139.

[2]) Vergl. § 833.

[3]) Plen. Beschl. des vorm. Ob. Trib. v. 18. Dez. 1837, Entsch. 3 S. 235, und Urth. des R. G. v. 8. Juli 1880, Entsch. in Civils. 2 S. 260.

weisen läßt[1]). Die Zwangshypothek freilich, welche hier vornehmlich zu berücksichtigen ist, kann nach § 1130 des Entwurfes nur als Sicherungshypothek eingetragen werden, und die Sicherungshypothek ist an sich nicht für den Verkehr bestimmt. Allein die Zwangshypothek wird nicht um deswillen als Sicherungshypothek gestaltet, weil dem Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung eine verkehrsfähige Hypothek nicht gebührte, sondern um deswillen, weil dem Schuldner nur bei der Sicherungshypothek die Erhaltung der Einwendungen gegen die Forderung gewährleistet werden kann. Ueberdies findet der § 837, soweit die Forderung nicht in Frage kommt, gemäß §§ 1125 und 1128 auch auf die Sicherungshypothek Anwendung, und hiervon in Ansehung der Zwangshypothek abzuweichen, erscheint um so weniger rathsam, als dann der Gläubiger häufig nicht mit einer Hypothek sich begnügen, sondern zum Schaden des Schuldners auf sofortige Zwangsversteigerung der Grundstücke desselben dringen würde. Muß demnach der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe hier gleichgestellt werden, so rechtfertigt die Analogie der Arrestvollziehung mit der Zwangsvollstreckung, den Grundsatz des öffentlichen Glaubens auch auf den Arresterwerb auszudehnen.

II. Nicht geschützte Erwerbsarten.

II. Die übrigen Erwerbsarten fallen nicht unter das Prinzip, welches der § 837 ausspricht.

1. Die Erwerbung der ehelichen und der elterlichen Nutznießung vollzieht sich nach den §§ 1283 und 1502 kraft des Gesetzes, ebenso nach den §§ 1343 und 1411 die mit dem Gütergemeinschaftsvertrage eintretende Rechtsgemeinschaft an dem unbeweglichen Vermögen der Ehegatten. Ein Bedürfniß, diese Erwerbsarten unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches zu stellen, ist nicht vorhanden.

2. Die Erwerbung im Wege der Zwangsversteigerung folgt ihren eigenen Regeln[2]). Der § 837 hat für sie nur insoweit Bedeutung, als nicht das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen den Ersteher sichern wird.

3. Die Zwangsenteignung kann an dieser Stelle ebenfalls nicht berücksichtigt werden. Sofern nicht in dem Einführungsgesetze die Art und Weise, wie der Erwerb des Berechtigten sich vollziehen soll, besonders bestimmt wird, kommt es für den Einfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf den Erwerb darauf an, wie nach den Landesgesetzen die Enteignung aufzufassen ist.

4. Für die agrarrechtlichen Erwerbungen gilt im Wesentlichen dasselbe wie für den Erwerb im Falle der Enteignung.

5. Der Erbe kann, da er das Vermögen des Erblassers nicht nur in aktiver, sondern auch in passiver Beziehung erwirbt, auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches für seinen Erwerb sich nicht berufen. Die Berufung steht ihm nur aus der Person des Erblassers zu.

---

[1]) Plen. Besch. des vorm. Ob. Trib. v. 7. Mai 1855, Entsch. 30 S. 408, und Urth. des R. G. v. 8. Dez. 1883, Entsch. in Civils. 10 S. 251.

[2]) Siehe oben S. 140 ff.

B. Die Wirkungen, welche der öffentliche Glaube des Grundbuches für den Rechtserwerb hat, werden in dem § 837 einheitlich bestimmt, da kein Grund vorliegt, sie für den einen oder den anderen Fall abzuschwächen oder zu verschärfen. Betroffen werden von ihnen nicht allein die Rechte an dem Grundstücke, sondern auch gewisse Beschränkungen, welchen der Berechtigte in der Verfügung über das für ihn eingetragene Recht unterworfen ist. B. Wirkungen des Schutzes:

I. In Ansehung der Rechte an dem Grundstücke zeigen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens eine positive und eine negative Seite. I. gegen Rechte an dem Grundstücke

1. Die positive Seite besteht darin, daß der Inhalt des Buches, wie er zur Zeit der Erwerbung des Rechtes sich darstellt, zu Gunsten des Erwerbers als richtig angesehen wird. Der Ansicht, daß das Prinzip in seiner Allgemeinheit dem Erwerber nur die Berechtigung desjenigen, welcher zu Gunsten desselben verfügte, nicht aber den Inhalt des Rechtes, welches den Gegenstand bezw. die Grundlage der Verfügung bildete, zu gewährleisten habe, ist nicht beizupflichten. Diese Ansicht würde, wenn das Gesetz sie rechtfertigte, den Zweck, welcher durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches erreicht werden soll, im Wesentlichen vereiteln. Läßt z. B. Jemand sich eine Hypothek abtreten, so muß er nicht blos sicher sein, daß sein Rechtsurheber der Hypothekengläubiger ist, sondern auch die Hypothek in dem eingetragenen Betrage und Range erwerben. Was hiernach für die Hypothek gilt, verdient aber auf alle eingetragenen Rechte ausgedehnt zu werden. Das Verhältniß liegt, wenn der öffentliche Glaube des Grundbuches sich bethätigt, gerade so, wie wenn das Buch an keiner Unrichtigkeit litte. Das Recht wird, sofern im Uebrigen die Erfordernisse seiner Erwerbung erfüllt sind, gültig und wirksam erworben. Wollte man dem Erwerber nur eine Einrede gegen den Anspruch des durch die Verfügung des Rechtsurhebers Verletzten geben, so hätte man einen nur relativ wirkenden Rechtserwerb, damit aber eine Zwiespältigkeit der Rechtsverhältnisse, welche mit der absoluten Natur der Rechte am Grund und Boden in Widerspruch treten und die Sicherheit im Rechtsverkehre in bedenklicher Weise beeinträchtigen würde. Gewähr 1. der Richtigkeit des Grundbuchinhaltes.

2. Die negative Seite, nach welcher der Grundsatz des öffentlichen Glaubens wirksam werden kann, zeigt sich darin, daß dem Erwerber des Rechtes die Vollständigkeit des Grundbuches gewährleistet wird, so zwar, daß nicht eingetragene Rechte, welche der Eintragung bedürfen, als nicht bestehend und gelöschte Rechte als nicht mehr bestehend gelten. Dies braucht aber in dem Gesetzbuche nicht ausgesprochen zu werden, da es nicht zweifelhaft ist, daß die Richtigkeit des Buchinhaltes, welche der § 837 dem Erwerber ausdrücklich sichert, die Vollständigkeit in dem angegebenen Sinne mit unter sich begreift. 2. der Vollständigkeit desselben;

II. Zu den Verfügungsbeschränkungen, von welchen hier die Rede ist, gehören nicht die Fälle, in welchen der Berechtigte über das für ihn eingetragene Recht nicht verfügen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist; eine Eintragung, welche sich nur auf die Willenserklärung einer solchen Person zu stützen vermag, ist in Folge der Nichtigkeit dieser Erklärung unzulässig und, wenn sie gleichwohl vorgenommen II. gegen Verfügungsbeschränkungen;

ist, wirkungslos. Die eigentlichen Verfügungsbeschränkungen haben das mit einander gemein, daß dem Berechtigten zum Schutze des Interesses eines Anderen die Befugniß, über das Recht zu verfügen, ganz oder theilweise entzogen wird. Ihre Wirkungen sind verschieden, je nachdem die Beschränkung im öffentlichen Interesse verhängt ist oder nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dient[1]).

1. Verfügungsbeschränkungen im öffentl. Interesse;

1. Die im öffentlichen Interesse verhängten Verfügungsbeschränkungen wirken gegen Jedermann, gleichviel ob die Beschränkung durch eine Vorschrift des Gesetzes oder auf Grund einer solchen durch eine Anordnung des Gerichtes begründet, ob sie in das Grundbuch eingetragen ist oder nicht; ihr gegenüber ist die Berufung auf den Glauben des Grundbuches ausgeschlossen, weil das Privatinteresse, dessen Schutz durch diese Einrichtung bezweckt wird, dem öffentlichen Interesse nachstehen muß. Beispiele von gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen, deren Wirksamkeit von der Eintragung nicht abhängig gemacht werden kann, sind die in verschiedenen Bundesstaaten bestehenden Verbote der Zertheilung bezw. der Zusammenschlagung gewisser Grundstücke, Beispiele von gerichtlichen Verfügungsbeschränkungen, bezüglich welcher dasselbe gilt, die Fälle, in welchen das Gericht das Vermögen eines des Landesverrathes ꝛc. Beschuldigten in Gemäßheit des St. G. B. § 93 und der St. P. O. § 480 mit Beschlag belegt oder gegen einen Abwesenden, der mit öffentlicher Klage belangt ist, an Stelle der nicht ausführbaren Verhaftung die Vermögensbeschlagnahme verfügt.

2. Verfügungsbeschränkungen zum Schutze des Interesses bestimmter Personen:

2. Die nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienenden Verfügungsbeschränkungen können ebenfalls durch das Gesetz oder eine gerichtliche Anordnung, aber auch durch ein Rechtsgeschäft begründet werden. Der Grund, weshalb sie regelmäßig nur durch Eintragung in das Grundbuch absolute Wirkung erlangen, liegt in der analogen Behandlung der dinglichen Rechte. Wenn das Gesetz einem aus dem Buche nicht ersichtlichen dingliche Rechte die Wirkung gegen denjenigen abspricht, welcher bei der von ihm gemachten Erwerbung das Recht nicht kannte, so kann es füglich einem Rechtsvorgange, der nur darauf abzielt, die Verfügung über ein dingliches Recht dem Berechtigten ganz oder theilweise zu entziehen, unter der gleichen Voraussetzung die absolute Wirkung nicht zugestehen. Für den Zweck, welchen der Gesetzgeber mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verfolgt, ist es gleichgültig, ob die Verfügung über ein eingetragenes Recht um deswillen angegriffen wird, weil derjenige, welcher verfügte, seiner Eintragung ungeachtet nicht der Berechtigte war, oder ob der Angriff sich darauf gründet, daß der Berechtigte aus Rücksicht auf das Interesse eines Anderen über das ihm zustehende Recht zu Gunsten eines Dritten nicht verfügen durfte. Der Dritte muß in dem einen wie in dem anderen Falle gegen den Angriff geschützt sein.

a) Die drei Kategorieen:

a) Die Verfügungsbeschränkungen zerfallen nach ihrem Entstehungsgrunde, wie bereits angedeutet, in drei Kategorieen.

α gesetzliche;

α. Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen. Die Beschränkung liegt entweder in dem Wesen des Rechtes, welches von ihr betroffen wird oder in

[1]) Vergl. § 107.

einem besonderen Verhältnisse. In jenem Falle scheidet sie hier aus, weil sie von dem Rechte nicht getrennt werden kann und folglich mit demselben die Voraussetzungen der Wirkung gegen Dritte theilen muß. In diesem Falle wirkt sie nur relativ, sofern nicht das Gesetz ihr absolute Wirkung beilegt. Daß eine Verfügungsbeschränkung hier überhaupt nur in Betracht kommen kann, wenn sie nicht schon nach § 831 der Wirksamkeit gegen den Erwerber eines Rechtes an dem Grundstücke ermangelt, ist nicht zweifelhaft.

insbes. Konkurseröffnung.

Eine der praktisch wichtigsten Verfügungsbeschränkungen, welche durch Gesetz begründet werden, ist die mit dem Konkurse verbundene. „Mit der Eröffnung des Verfahrens", so heißt es in der Konk. O. § 5, „verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen". Die hiernach den Gemeinschuldner treffende Verfügungsbeschränkung hat schon nach §§ 2 und 6 a. a. O. nicht absolute, sondern nur relative Wirkung; sie bezweckt lediglich die Erhaltung und Verwendung der Konkursmasse zur Befriedigung der Konkursgläubiger, dient also nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen. Derjenige, zu dessen Gunsten der Gemeinschuldner über ein für ihn eingetragenes Recht bei dem Grundbuche verfügt, ist demnach für die Konkursgläubiger ein Dritter, welcher für seine Erwerbung den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches in Anspruch nehmen kann. Wollte man der Verfügungsbeschränkung, welche der Gemeinschuldner erleidet, schon von der Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses durch die Zeitungen absolute Wirkung auch für den Grundbuchverkehr beilegen, so würde man Jeden, der ein Recht an einem Grundstücke erwerben will, zu einer Nachforschung verpflichten, welche durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches gerade entbehrlich gemacht werden soll. Das Einführungsgesetz wird deshalb einerseits klarstellen, inwiefern der Schutz, welchen die Vorschrift des § 837 dem Rechtserwerbe gewährt, auch gegen die Konkurseröffnung stattfinde, andererseits Vorsorge treffen, daß die Konkurseröffnung unverzüglich in das Grundbuch eingetragen werde, sofern dasselbe dem Gemeinschuldner Rechte zuschreibt, welche durch den § 837 gefährdet sind.

Rechtshängigkeit.

Eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung kann ferner durch die Rechtshängigkeit begründet werden, wenn ein eingetragenes Recht den Gegenstand oder die Voraussetzung der Klage gegen den Berechtigten bezw. denjenigen bildet, welchem das Recht in dem Grundbuche zugeschrieben ist. Der Beklagte wird durch die Rechtshängigkeit nach der C. P. O. § 236 zwar nicht an der Veräußerung des Streitgegenstandes gehindert, wohl aber in der Verfügung über denselben insofern beschränkt, als er die Veräußerng nur so vornehmen darf, daß das gegen ihn ergehende Urtheil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Sondernachfolger wirksam und vollstreckbar ist. Diese Verfügungsbeschränkung entbehrt jedoch zufolge § 238 a. a. O. kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuches der Wirksamkeit, wenn die Rechtshängigkeit dem Sondernachfolger bei der Erwerbung nicht bekannt gewesen ist, wobei nichts darauf ankommt, ob der Rechtsstreit nur über den Umfang eines eingetragenen Rechtes oder über das Bestehen eines nicht eingetragenen Rechtes geführt wird. Wenn daher das Gesetz den Kläger besonders schützen wollte, so müßte es auf

den bloßen Antrag desselben die Eintragung der Rechtshängigkeit zulassen[1]). Eine solche Vorschrift aber wäre höchst gefährlich, weil sie den Beklagten auch bei offenbarem Ungrunde der Klage den mit der Rechtshängigkeitseintragung verbundenen Nachtheilen preisgeben, nicht selten kreditlos machen und dadurch dem Ruine entgegenführen könnte. Es bleibt deshalb nur übrig, den Kläger auf denjenigen Schutz zu verweisen, den sich derselbe dadurch verschaffen kann, daß er die Eintragung einer Vormerkung oder einer Verfügungsbeschränkung im Sinne der C. P. O. § 236 bei dem Prozeßgerichte erwirkt. Wird dies verabsäumt, so beschränkt sich die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 236 Abs. 3 auf die Fälle, in welchen der Sondernachfolger des Beklagten zur Zeit seiner Erwerbung die Rechtshängigkeit kannte.

Ehegut; Zu den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen gehört auch die Beschränkung des Verfügungsrechtes der Ehefrau in Ansehung des Ehegutes. Indessen bleibt sie von dem § 837 unberührt, da sie ebensowenig wie das Recht der ehelichen Nutznießung und Verwaltung in das Grundbuch eingetragen wird. Daß ihre Wirkung gegen einen Dritten nicht von dessen Kenntniß abhängig ist, wird unter § 1305 besonders bestimmt.

β. gerichtliche; β. Gerichtliche Verfügungsbeschränkungen. Hierher sind alle Anordnungen zu rechnen, mittels welcher das Gericht die Verfügung über ein eingetragenes Recht dem Berechtigten zum Schutze des Interesses eines Anderen untersagt, insbesondere die Arrestbefehle mit Einschluß der Beschlagnahme, welche zur Sicherung von Geldstrafen und Kosten des Verfahrens gegen einen Angeschuldigten behufs Deckung der Staatskasse nach der St. P. O. §§ 325, 326 verhängt werden kann, ferner die Veräußerungsverbote, welche im Wege der einstweiligen Verfügung nach der C. P. O. § 817 erlassen werden können. Das in der Konk. O. § 98 vorgesehene allgemeine Veräußerungsverbot wirkt ebenso wie die Verfügungsbeschränkung, welche der Gemeinschuldner durch die Eröffnung des Konkursverfahrens erleidet. Seine Eintragung und die entsprechende Aenderung des § 98 wird in dem Einführungsgesetze bestimmt werden.

γ. rechtsgeschäftliche; γ. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. Durch Rechtsgeschäft kann Jemand in der Verfügung über ein für ihn eingetragenes Recht nach § 796 mit Wirkung gegen Dritte nur insofern und insoweit beschränkt werden, als das Gesetz es gestattet. Absolute Wirkung erlangt eine solche Beschränkung, da sie zum Schutze bestimmter Personen dient, erst durch ihre Eintragung in das Grundbuch. Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, als ob die Verfügungsbeschränkung stets als solche neben dem Rechte, auf welches sie sich bezieht, in das Grundbuch eingetragen werden müßte. Vielmehr hat sie absolute Wirkung schon alsdann, wenn sie überhaupt, sei es auch nur als nothwendige gesetzliche (rechtliche) Folge einer anderen Eintragung aus dem Buche zu erkennen ist. Es gehören hierher namentlich die Beschränkungen, welche durch Bedingungen und Zeitbestimmungen begründet werden[2]), aber auch die Lehns- und die Familienfideikommißeigenschaft und andere Ver-

---

[1]) Bayr. Entw. III Art 59.

[2]) Vergl. §§ 135, 141, 142, 871, 1826, 1828 ff.

hältnisse rechtsgeschäftlichen Ursprunges, aus welchen eine Beschränkung des Verfügungsrechtes hervorgeht. Die Beschränkung wird freilich in diesen Fällen durch das Gesetz normirt und kann insofern eine gesetzliche genannt werden. Aber das Gesetz knüpft die Beschränkung an das Vorhandensein eines gewissen Rechtsverhältnisses, und dieses beruht auf Rechtsgeschäft.

b) Wirkung einer Verfügungsbeschränkung.

b) Die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung ist verschieden, je nachdem dieselbe auf einem Veräußerungsverbote beruht oder durch eine Bedingung begründet ist. In jenem Falle ist die gegen das Verbot verstoßende Verfügung nach § 107 gegenüber demjenigen unwirksam, dessen Interesse durch das Verbot geschützt werden soll; in diesem Falle wird die Verfügung, welche während des Schwebezustandes über das Recht getroffen ist, gemäß § 135 mit Erfüllung der Bedingung unwirksam, soweit sie die dann eintretende rechtliche Wirkung vereitelt oder beeinträchtigt[1]). Beide Kategorieen aber haben das mit einander gemein, daß die Verfügung über das Recht dem Berechtigten formell nicht verboten ist. Einige Landesgesetze indessen enthalten ein solches Verbot, indem sie vorschreiben, daß Eintragungen, welche einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung zuwiderlaufen würden, von dem Grundbuchamte nicht vorgenommen werden dürfen; so namentlich das bayr. Hypoth. Ges., das sächs. G. B., die mecklenb. Grundb. und Hypoth. Gesetze, das hamb. Ges. über Grundeigenthum und Hypotheken[2]). Es fragt sich deshalb, ob hier von dem Prinzipe der §§ 107 und 135 abgewichen und also das Grundbuch gegen die gedachten Eintragungen *gesperrt* werden soll. In Zusammenhang hiermit steht die weitere Frage, ob es sich nicht wenigstens empfiehlt, die Vollziehung einer solchen Eintragung nur mit dem *Vorbehalte* der Wirksamkeit der eingetragenen Verfügungsbeschränkung zu gestatten. Der Entwurf lehnt sowohl die Sperre als auch den Vorbehalt ab. Der Grund, welcher dafür zu sprechen scheint, beruht wesentlich darin, daß die Rücksicht auf die Betheiligten, namentlich auf unerfahrene Personen, es zweckmäßig erscheinen lasse, die Prüfung, ob eine Verfügung, deren Eintragung begehrt werde, mit einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung bestehen könne, dem Grundbuchamte zuzuweisen. Diese Rücksicht geht jedoch weit über das Ziel hinaus. Sie tritt in Widerspruch mit der Grundanschauung des Entwurfes, daß der Grundbuchbeamte nur auf abstrakte Erklärungen der Betheiligten zu verfahren habe und einer eingehenderen Prüfung möglichst überhoben sein solle. Das Gesetz kann nur die Oeffentlichkeit des Grundbuches gewährleisten, nicht aber zugleich dafür sorgen, daß Jedermann das verstehe, was dasselbe bekundet. Es ist auch zu bezweifeln, daß es dem Interesse der Betheiligten entspräche, wenn der Buchbehörde die Vermittelung dieses Verständnisses zur Pflicht gemacht würde. Der Beamte, welcher die Tragweite einer Verfügungsbeschränkung zu ermessen hätte, würde

Ablehnung einer Sperre des Grundbuches

---

[1]) Vergl. §§ 141, 142, 871, 1828, 1829.

[2]) Siehe das bayr. Hypoth. Ges. §§ 4, 14, 73, 74, 108, bayr. Proz. O. §§ 1202, 1208, 1210, bayr. Entw. III Art. 88.; sächs. G. B. §§ 143, 223, 224, 399—402, 408, 507, 573, 644 Satz 3 (*Siegmann*, Hypoth. O S. 69, 77); hess. Pfandges. § 37 und Instr. für die Landgerichte von 1861 § 46; mecklenb. Hypoth. O. für Landgüter § 35, Stadtb. O. § 48; hamb. Ges. § 22.

nur zu geneigt sein, sich für die Sperre bezw. für die Miteintragung des Vorbehaltes zu entscheiden. Hierdurch könnten die Betheiligten empfindlich belästigt, namentlich nicht selten auf den kostspieligen Beschwerdeweg gedrängt werden. Hinzutritt, daß eine Sperre des Buches höchst bedenklich in den reellen Geschäftsverkehr eingreifen müßte. Würde z. B. dem Eigenthümer nach der Konkurseröffnung oder während des Zwangsversteigerungsverfahrens die Veräußerung oder die Belastung des Grundstückes verschränkt, so würde ihm damit nicht selten auch die letzte Möglichkeit genommen sein, sich die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu verschaffen. Die Miteintragung eines Vorbehaltes zur Wahrung der Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung wäre zwar weniger bedenklich, aber einerseits entbehrlich, andererseits nicht ungefährlich, weil der Vorbehalt ohne rechtliche Bedeutung sein, thatsächlich indessen die Verfügung über das eingetragene Recht erheblich erschweren würde.

a) Veräußerungsverbote.

c) Von den Verfügungsbeschränkungen, gegen welche der öffentliche Glaube des Grundbuches Schutz gewährt, brauchen diejenigen, welche nicht auf einem Veräußerungsverbote beruhen, bei der Regelung dieses Schutzes in dem Gesetze nicht erwähnt zu werden. In einer derartigen Beschränkung kommt stets eine sachliche Gebundenheit desjenigen, auf dessen Recht dieselbe sich bezieht, zum Ausdrucke. Dieses Recht leidet inhaltlich an einer Schwäche, welche auf die dingliche Natur des durch die Beschränkung geschützten Rechtes zurückzuführen ist. Das letztere ergreift, auch wenn es nicht besonders eingetragen ist und erst nach Eintritt eines künftigen Ereignisses bezw. Termines vollwirksam werden kann, doch schon während der Zwischenzeit vermöge der Beschränkung des ersteren Rechtes das Grundstück selbst. Die Beschränkung muß daher ebenso wie das von ihr betroffene Recht in das Grundbuch eingetragen werden. Eine aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Beschränkung eines eingetragenen Rechtes macht das Buch unrichtig, unterliegt mithin der die Richtigkeit desselben dem Erwerber eines Rechtes an dem Grundstücke gewährleisteten Vorschrift des § 837.

Anders steht es mit den Veräußerungsverboten. Ein solches Verbot wirkt nach § 107 nicht dinglich, auch wenn es gegen die Verfügung über ein eingetragenes Recht gerichtet ist; die Richtigkeit des Grundbuches bleibt von ihm unberührt. Wenn daher die Erwerbung eines Rechtes an dem Grundstücke auch gegen nicht eingetragene Veräußerungsverbote gesichert werden soll, so muß es in dem Gesetze ausgesprochen werden.

c Versagung des Schutzes im Falle der Kenntniß des Erwerbers

C. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber die durch den Inhalt des Buches verdeckte wahre Sachlage gekannt hat. In diesem Punkte besteht nach den hierher gehörigen Landesgesetzen im Allgemeinen kein Zweifel. Der § 837 bringt den Standpunkt des Entwurfes dadurch zum Ausdrucke, daß er in seinem zweiten Absatze bei nachgewiesener[1]) Kenntniß die Vorschrift des ersten Absatzes für unanwendbar erklärt. Die Rechtsnorm ist einfach. Ihre Voraussetzungen sind folgende:

[1]) Den Erwerber trifft keine Beweislast. Oben S. 212, 213.

I. Den Gegenstand der Kenntniß bilden die Thatsachen, aus welchen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage oder das Veräußerungsverbot ergiebt. Die Kenntniß dieser Thatsachen ist stets erforderlich, aber auch ausreichend. I. von der wahren Sachlage.

1. Erforderlich ist sie in dem Sinne, daß der Schutz, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches bezweckt, bei objektiver Unkenntniß desjenigen, was nicht in dem Buche steht, dem Erwerber nicht versagt werden kann; zu Nachforschungen über den Inhalt des Grundbuches hinaus ist Niemand verpflichtet, weil das Buch dazu bestimmt ist, über alle Rechte an einem Grundstücke vollständige Auskunft zu geben.[1])

2. Ausreichend ist die Kenntniß der gedachten Thatsachen zur Anwendung des zweiten Absatzes ohne Rücksicht darauf, in welchem sittlichen Lichte die Handlung des Erwerbers erscheint. Mala fides im juristischen Sinne wird nicht vorausgesetzt. Wer jene Thatsachen kennt und gleichwohl von der Erwerbung nicht absteht, handelt auf eigene Gefahr. Täuscht er sich, so liegt der Grund hiervon nicht in dem Inhalte des Buches, sondern darin, daß er aus den Thatsachen nicht die richtige Schlußfolgerung gezogen hat. Die Grundbucheinrichtung hat nicht die Aufgabe, den Erwerber gegen die Folgen von Rechtsirrthum zu sichern.

Aehnlich steht es, wenn die Eintragung, auf welche der Erwerber sich beruft, zur Zeit der Erwerbung nicht unrichtig, sondern das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen sie erfolgte, anfechtbar war. Wird das Geschäft später angefochten, so gilt es nach § 112 als von Anfang an nichtig, es sei denn, daß durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung bestimmt sind. Kannte daher der Erwerber die Anfechtbarkeit, so müssen auch die mit der Anfechtung eintretenden rechtlichen Wirkungen als schon zu jener Zeit ihm bekannt gewesen angesehen werden. Der § 837 zieht diese Konsequenz ausdrücklich, um einer mißverständlichen Auslegung vorzubeugen.

II. Der entscheidende Zeitpunkt für die Kenntniß des Erwerbers ist nach dem geltenden Rechte mit der Erwerbung selbst gegeben. Diese aber fällt nach dem Eintragungsprinzipe mit der Eintragung in das Grundbuch zusammen. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buches findet daher nicht statt, wenn die durch dasselbe verdeckte Sachlage vor der Eintragung dem Erwerber bekannt geworden ist. Nach österreichischem Rechte dagegen schadet dem Erwerber die nach Anbringung des Eintragungsantrages bei der Buchbehörde erlangte Kenntniß nicht, da das Grundb. Ges. v. 25. Juli 1871 § 93 überhaupt den Zeitpunkt der Anbringung des Antrages als ausschließlich maßgebend für die Beurtheilung des letzteren ansieht, und auch die bezüglichen Bestimmungen des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. werden von einigen Schriftstellern gegen die Praxis des vormaligen Ob. Trib. in ähnlichem Sinne aufgefaßt.[2]) Der Entwurf lehnt diesen Standpunkt ab. II. zur Zeit der Erwerbung

---

[1]) Vergl. oben S. 217.

[2]) Siehe Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 202 Note 12, 4. Aufl. S. 499; Dernburg und Hinrichs, preuß. Hypoth. R. § 13 S. 131.

1. Die Entscheidung für den Zeitpunkt der Anbringung des Eintragungsantrages würde allerdings den Rechtserwerb gegen den Einfluß von Zufälligkeiten und Verzögerungen der Buchbehörde nachhaltig schützen, während nach der Bestimmung des § 837 der Erwerber vor der Eintragung nicht immer gesichert ist, namentlich die Gegenleistung für das zu erwerbende Recht vorher nicht ohne Gefahr bewirken kann, weil er besorgen muß, in der Zwischenzeit Kenntniß von einer Thatsache zu erhalten, welche der Eintragung ungeachtet die Erwerbung zu hindern oder doch abzuschwächen vermag. Allein völlig beseitigt würde diese Unzuträglichkeit auch durch jene Entscheidung nicht werden, da der Antragsteller immer der Gefahr ausgesetzt bleibt, durch ein früher angebrachtes, ihm nicht bekannt gewordenes Eintragungsgesuch eines Dritten ausgeschlossen oder zurückgesetzt zu werden. Das Oeffentlichkeitsprinzip hat eben die Interessen verschiedener Personen zu berücksichtigen. Daher kann es sich nur für einen Zeitpunkt bethätigen, in welchem es die möglichste Gewähr dafür bietet, daß bei gleicher Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht der Eine auf Kosten des Anderen begünstigt werde, und dies kann nur der Zeitpunkt sein, in welchem die Erwerbung desjenigen sich vollendet hat, der den Glauben des Buches für sich in Anspruch nimmt, d. i. der Zeitpunkt der Eintragung. Dem natürlichen Rechtsgefühle müßte es höchst bedenklich erscheinen, wenn das Gesetz den Rechtserwerb gestattete, obschon dem Erwerber die durch das Grundbuch verdeckte Sachlage, mit welcher die Erwerbung sich nicht vertrüge, vor Vollendung der Rechtsänderung bekannt geworden wäre. Vornehmlich fällt aber die Rücksicht auf die Regelung des Eintragungsprinzipes in den §§ 828 ff. in's Gewicht. Wenn es hierbei abgelehnt ist, von einer Zurückbeziehung der Erwerbung auf den Zeitpunkt der Anbringung des Eintragungsantrages auszugehen, so kann der Entwurf, ohne diesen Standpunkt wesentlich abzuschwächen, den gedachten Zeitpunkt auch nicht für die Kenntniß des Erwerbers von einem der Erwerbung entgegenstehenden Hindernisse als maßgebend anerkennen. In der Unkenntniß liegt ein, wenn auch nur negatives, Erforderniß der Erwerbung, welches noch bei deren Vollendung vorhanden sein muß.

2. Den nicht eingetragenen Rechten stehen auch hier die nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen gleich, sofern sie, um absolute Wirkung gegen Dritte zu erlangen, der Eintragung in das Grundbuch bedürfen. Für den Rechtserwerb kommen, wie bereits S. 217 erwähnt wurde, mit Rücksicht auf § 831 nur diejenigen in Betracht, welche bereits begründet waren, als die zur Vollendung des Erwerbes erforderliche Eintragung bei der Buchbehörde beantragt wurde. Auch hat das Gesetz hier ebenfalls nur die S. 220 bezeichneten Veräußerungsverbote besonders zu berücksichtigen. Wird nun gegen ein solches Verbot dem Dritten, welcher in Unkenntniß desselben auf eine Erwerbung sich einläßt, der nämliche Schutz gewährt wie gegen ein aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Recht, so kann es sich nur fragen, ob dieser Schutz gegen nicht eingetragene Veräußerungsverbote dadurch erhöht werden soll, daß auch die in der Zeit zwischen dem Eingange des Eintragungsantrages und der Eintragung von dem Erwerber erlangte Kenntniß des Verbotes für unerheblich erklärt wird. Zur Bejahung dieser Frage aber nöthigt ein praktisches Bedürfniß nicht, und daß es im Uebrigen für das

Verständniß des Gesetzbuches förderlicher ist, wenn der entscheidende Zeitpunkt für die Kenntniß der wahren Sachlage durchweg in gleicher Weise bestimmt wird, kann nicht zweifelhaft sein.

b) Ausdehnung des Schutzes auf Rechtsgeschäfte, welche nicht den Erwerb eines der im § 837 bezeichneten Rechte bezwecken.

§ 838.

Die Landesgesetze, welche dem Grundbuche öffentlichen Glauben beilegen, schützen nach ihrem Wortlaute meist nur die Erwerbung von Rechten an einem Grundstücke oder an einem eingetragenen Rechte[1]), so daß, wenn Rechtsgeschäfte in Frage kommen, bei welchen zwar nicht dieser Zweck verfolgt, aber doch der Inhalt des Buches als richtig vorausgesetzt wird, es nicht selten zweifelhaft sein muß, ob auch in solchen Fällen der öffentliche Glaube des Buches sich bethätigen soll. Die Gründe, auf welchen der § 837 beruht, machen sich auch dann geltend, wenn ein gegenüber oder von bezw. mit dem Berechtigten vorzunehmendes Rechtsgeschäft gegenüber demjenigen, welcher als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen ist, bezw. von oder mit demselben vorgenommen wird, insbesondere auch, wenn eine auf Grund des eingetragenen Rechtes dem Berechtigten gebührende Leistung[2]) an denjenigen erfolgt, welchen das Buch als den Berechtigten bezeichnet. Es gehören hierher namentlich die Fälle, wenn eine Grunddienstbarkeit ausgeübt, eine Reallast abgelöst, eine Hypothek oder eine Grundschuld gekündigt, Zinsen ꝛc. entrichtet werden. Die Rücksicht auf die Sicherheit im Rechtsverkehre verlangt hier, daß das Rechtsgeschäft zu Gunsten des bei seiner Vornahme aktiv oder passiv betheiligten Dritten, welcher die durch das Grundbuch verdeckte Sachlage nicht kannte, als gültig behandelt wird. Es rechtfertigt sich deshalb in den vorausgesetzten Fällen, für deren gleiche Behandlung bereits in dem § 304 Abs. 1 ein Vorgang gegeben ist, die Vorschriften des § 837 zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

Prozeßführung.

Der Fall des rechtskräftigen Urtheiles, welchen der § 304 in seinem Abs. 2 den Fällen des Rechtsgeschäftes an die Seite stellt, scheidet hier aus. Das Urtheil, welches ein Dritter gegen denjenigen erstritten hat, der als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen ist, ohne daß ihm das Recht zusteht, entbehrt der Wirksamkeit gegen den Berechtigten, weil dieser, selbst wenn er jenen aus dem Buche verdrängt, doch nicht als dessen Rechtsnachfolger zu betrachten, zu einer Abweichung von dem Satze aber, daß das Urtheil nur für und wider die Parteien und deren Rechtsnachfolger wirkt, hier ein stichhaltiger Grund nicht vorhanden ist. Nun könnte es sich freilich fragen, ob nicht die Prozeßführung, durch welche das Urtheil erlangt wird, zu Gunsten des Dritten unter den Schutz zu stellen ist, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches den Rechtsgeschäften gewährt. Allein die Prozeßführung ist kein

---

[1]) Siehe oben S. 209, 210.

[2]) Die Leistung wird hier besonders hervorgehoben, weil es zweifelhaft sein kann, ob sie zu den Rechtsgeschäften gehört.

Rechtsgeschäft, und ein praktisches Bedürfniß, jenen Schutz auf sie zu übertragen, ist nicht anzuerkennen.

c) Anspruch desjenigen, welcher in den Fällen der §§ 837, 838 einen Rechtsverlust erleidet.

§ 839.

Die Rechtsänderung, welche nach den §§ 837, 838 zu Gunsten des Dritten sich gültig vollzieht, obschon der Rechtsurheber desselben seiner Eintragung ungeachtet nicht verfügen durfte, ist nothwendig mit einem Rechtsverluste des nichteingetragenen (wirklichen) Berechtigten verbunden. Es fragt sich deshalb, ob und welche Ansprüche für den letzteren durch den Verlust begründet werden.

1. Haftung des Nichtberechtigten, welcher verfügt hat.

1. Der Nichtberechtigte, welcher den Verlust des Berechtigten veranlaßt hat, kann diesem hierdurch sowohl aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung als aus dem Grunde der Bereicherung verpflichtet sein.

a) Die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung bestimmt sich nach den bezüglichen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse[1]); sie braucht an dieser Stelle nicht hervorgehoben zu werden, weil schon in dem § 748 Abs. 3 Satz 2 vorgesehen ist, daß, wenn das Gesetz einen Bereicherungsanspruch zuläßt, hierdurch der Deliktsanspruch nicht ausgeschlossen wird.

b) Die Verpflichtung des Nichtberechtigten, die Bereicherung, welche er durch die Veräußerung oder die Belastung des Rechtes oder durch eine auf Grund desselben an ihn erfolgte Leistung erlangt hat, an den Berechtigten herauszugeben, ist in der Billigkeit begründet; sie entspricht im Allgemeinen auch dem geltenden Rechte[2]).

Wenn es hiernach einerseits gerechtfertigt erscheint, den Bereicherungsanspruch, welchen der § 748 regelt, in den Fällen der §§ 837, 838 dem Berechtigten zu geben, so kann es andererseits mit Rücksicht darauf, daß es hier an einem unmittelbaren Uebergange aus dem Vermögen des Berechtigten in das Vermögen des Nichtberechtigten fehlt, in Zweifel gezogen werden, ob schon der § 748 zur Begründung des Anspruches gegen den Nichtberechtigten ausreichend ist. Es empfiehlt sich deshalb, zur Klarstellung des Verhältnisses, durch eine ausdrückliche Vorschrift die Anwendbarkeit des § 748 zu sichern. Dabei ist mit Rücksicht auf die Art und Weise wie der Eigenthumsanspruch in dem Entwurfe geordnet ist, nur der Vorbehalt zu machen, daß wegen derjenigen Nutzungen, deren Herausgabe der Eigenthümer nach § 930 nicht fordern kann, auch der Bereicherungsanspruch, um welchen es sich hier handelt, ausgeschlossen ist. Praktisch ist allerdings diese Einschränkung nur in Ansehung der von dem Nichtberechtigen in Unkenntniß des Nichtrechtes erhobenen

---

[1]) §§ 704 ff.

[2]) Vergl. z. B. preuß. A. L. R. I, 15 § 28; bayr. L. R. II, 2 § 10 Nr. 3 und IV, 13 § 1 Nr. 2, bayr. Entw. III Art. 175.

Leistungen, soweit solche als Nutzungen und nicht als Verwirklichung des Kapitalwerthes zu betrachten sind.

Ausschließung der Haftung des Erwerbers.

2. Der Dritte, welcher unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuches von dem Nichtberechtigten gültig erworben hat, haftet dem Berechtigten nicht. Er hat für den Erwerb in dem § 837 einen rechtlichen Grund, der nach § 748 dem Bereicherungsanspruche entgegensteht. Wollte man durch positive Vorschrift einen solchen Anspruch zulassen, so würde man die Vortheile, welche mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verbunden sind, im Wesentlichen preisgeben. Die Stellung des Erwerbers würde durch den persönlichen Anspruch aus der Bereicherung mindestens ebenso gefährdet sein wie durch den dinglichen Anspruch. Die Gründe, welche zur Verneinung des letzteren auch in dem Falle der unentgeltlichen Erwerbung nöthigen[1]), sprechen nicht minder gegen die Zulassung des ersteren. Die Rechtssicherheit im Realverkehre ist nur dann verbürgt, wenn der Erwerber durch den § 837 gegen jeden Anspruch des Berechtigten geschützt ist.

7. Rangverhältniß zwischen mehreren dasselbe Grundstück belastenden Rechten.

a) Rangordnung.

§ 840.

Konkurrenz mehrerer Rechte an demselben Grundstücke.

Die Bestellung eines Rechtes an einem Grundstücke enthält eine Belastung des Eigenthumes, eine Einschränkung der in demselben liegenden Befugnisse; sie fällt unter den Begriff der Veräußerung im weiteren Sinne. Es kann daher nach dem Satze der Rechtslogik, daß Niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selber hat, über das Grundstück nur unbeschadet der das Eigenthum belastenden Rechte verfügt, das Eigenthum nur insoweit, als es sich mit der Ausübung eines solchen Rechtes verträgt, von dem Eigenthümer ausgeübt werden.

Vorzug des ältren Rechtes.

Steht demnach das Eigenthum allen übrigen Rechten an dem Grundstücke nach, so folgt für diese Rechte aus jenem Satze, daß das ältere Recht dem jüngeren vorgeht, das letztere mithin nur insoweit sich zu bethätigen vermag, als nicht das Grundstück von dem ersteren ergriffen wird. Das Alter der Rechte aber hängt, da dieselben nach § 828 Abs. 1 der Eintragung zu ihrer Entstehung bedürfen, von der Eintragung ab. In dem geltenden Rechte lassen sich in dieser Hinsicht zwei Auffassungen unterscheiden:

Rangordnung nach der Reihenfolge im Grundbuche.

Die eine Auffassung betont den räumlichen Anschluß der einen Eintragung an die andere, „die im Hypothekenbuche einmal angenommene Folgerung", wie das preuß. A. L. R. I, 20 § 502 sich ausdrückt. Die hierher gehörigen Gesetze gehen erkennbar davon aus, daß, weil die Rechte an einem Grundstücke auf dem Blatte desselben hinter einander ohne Freilassung eines

[1]) Oben S. 211.

Zwischenraumes eingetragen werden, das vorstehende Recht früher als das nachstehende zur Eintragung gelangt und daher nothwendig das ältere sein muß. Von diesem Standpunkte bestimmt sich „die Rangordnung der auf demselben Grundstück eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge der Eintragungen". So namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. §§ 17, 34, sowie die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe und Schaumburg-Lippe, desgl., wenn auch in abweichenden Fassungen, das sächs. G. B. §§ 434, 518, 519, 528, 529, die mecklenb. Gesetze, z. B. die rev. Hypoth. O. für Landg. § 32 Nr. 4 und die rev. Stadtb. O. § 20 Nr. 1 und § 34 Nr. 3, das hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 37 und das anhalt. Ges., die abgesonderte Befriedigung gewisser Gläubiger ꝛc. betr., v. 13. April 1870 § 21. Handelt es sich um Rechte, welche nicht in der nämlichen Abtheilung des Grundbuchblattes eingetragen sind, so kann von einer räumlichen Folgeordnung nicht die Rede sein. Für diesen Fall verordnet das preuß. Ges. unter § 36: „Die Rangordnung zwischen den Belastungen zur zweiten und dritten Abtheilung des Grundbuches bestimmt sich nach dem Datum der Eintragung. Eintragungen unter demselben Datum stehen zu gleichem Recht, wenn nicht besonders dabei bemerkt ist, daß die eine der anderen nachstehen soll". Entsprechende Vorschriften finden sich in den Nachbildungen des preuß. Ges. sowie in dem anhalt. Grundb. Ges. v. 11. März 1877 § 20.

nach der Zeitfolge

Die andere Auffassung legt der Rangordnung die Zeitfolge[1]) zu Grunde, in welcher die Rechte eingetragen sind. „Der Vorzug unter den Hypothekengläubigern richtet sich, ohne alle andere Rücksicht, blos nach dem Zeitpunkte (§ 23), wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der anderen in das Hypothekenbuch eingetragen ist". So heißt es wörtlich in dem bayr. Hypoth. Ges. § 59, und hiermit stimmen die Vorschriften der Pfandgesetze für Württemberg Art. 96, Weimar § 149, Rudolstadt § 38 und der Grundbuchgesetze für Altenburg § 93, Reuß ä. und j. L. im Wesentlichen überein[2]).

Für das Rechtsleben kommt wenig darauf an, ob diese oder jene Auffassung dem bürgerlichen Gesetzbuche zu Grunde gelegt wird. Beide Auffassungen führen, wenn vorschriftsmäßig verfahren wird, zu Ergebnissen, die im Allgemeinen nicht unangemessen sind. Die Folgen eines vorschriftswidrigen Verfahrens aber braucht das Gesetz hier um so weniger zu bestimmen, als derartige Fälle verhältnißmäßig selten sein werden, ihre Entscheidung auch besonderen Schwierigkeiten nicht begegnen wird. Das Verfahren, welches der Entwurf voraussetzt, ist kurz folgendes:

Verfahren bei der Eintragung mehrerer Rechte.

Jede Eintragung in das Grundbuch, welche die Buchbehörde vornimmt, erfolgt auf dem Blatte des Grundstückes an der zunächst offenen Stelle derjenigen Abtheilung, in welche sie gehört; sie hat das Datum anzugeben, unter

---

[1]) Vergl. das franz. G. B. Art. 2134.

[2]) Siehe ferner für Hessen das Pfandges. v. 15. Sept. 1858 Art. 95 und das Verfahrens Ges. v. 15. Januar 1859, für Meiningen das Ges. v. 15. Juli 1862 Art. 22.

welchem sie bewirkt wird, d. h. den Tag, den Monat und das Jahr. Liegen mehrere Eintragungsanträge vor, so ist die Eintragung in der durch den Zeitpunkt der Anbringung jedes einzelnen Antrages bestimmten Reihenfolge zu vollziehen, sofern nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eine andere Reihenfolge vorgeschrieben ist. Ein Antrag, dem es an einer gesetzlichen Voraussetzung der Eintragung mangelt, kommt hierbei nicht in Betracht; er ist zurückzuweisen und seine etwaige Wiederanbringung als neuer Antrag zu behandeln.

Die zur Regelung des Verfahrens in diesem Sinne erforderlichen Vorschriften müssen nach dem Systeme des Entwurfes der Grundbuchordnung vorbehalten bleiben[1]). Das bürgerliche Gesetzbuch hat nur das Rangverhältniß zwischen den eingetragenen Rechten zu ordnen.

Datum der Eintragung

1. Der materielle Satz, daß unter mehreren Rechten an einem Grundstücke das ältere dem jüngeren vorgeht, findet seinen konkreten Ausdruck für das Grundbuchrecht am deutlichsten in der Abstellung der Rangordnung auf das Datum der Eintragung. Auf dieser Erwägung beruhen die Vorschriften des § 840 Abs. 1.

a) Sind die Rechte unter verschiedenem Datum eingetragen, so fällt der durch das ältere Datum begründete Vorrang mit dem aus der räumlichen Aufeinanderfolge in derselben Abtheilung für das vorstehende Recht sich ergebenden Vorzuge zusammen. Er bewährt sich aber auch dann, wenn die Rangordnung von Rechten zu bestimmen ist, welche in verschiedenen Abtheilungen eingetragen stehen.

b) Bei den unter demselben Datum eingetragenen Rechten hat an sich das eine keinen Vorzug vor dem anderen. Eine beabsichtigte Rangverschiedenheit muß daher miteingetragen werden. Für Rechte derselben Abtheilung jedoch erscheint es zur Erleichterung der Buchführung angemessen, die besonderen Vermerke über die Rangordnung dadurch entbehrlich zu machen, daß dem voreingetragenen Rechte der Rang vor dem nacheingetragenen zugestanden wird.

c) Ein Recht hat den ihm nach vorstehenden Bemerkungen gebührenden Rang auch dann, wenn es nur bedingt eingetragen ist. Darüber scheint nach den geltenden Grundbuchgesetzen kein Zweifel obzuwalten. Für den Entwurf folgt es aus dem § 135. Der Deutlichkeit halber und um den Streitfragen zu begegnen, welche sich im gemeinen Rechte an den Rang bedingter Hypotheken ꝛc. knüpfen, wird der nur bedingt eingetragenen Rechte in dem ersten Satze des § 840 besonders gedacht.

Eintragung einer besonderen Rangordnung

2. Die Rangordnung bestimmt sich nach dem Datum bezw. der Reihenfolge der Eintragung nur insoweit, als nicht das Grundbuch selbst ergiebt, daß ein anderes Rangverhältniß gelten soll. Da der Vorzug, welchen das eine Recht vor dem anderen hat, zu den Wirkungen des Rechtes gehört, so folgt aus den §§ 828 und 837, daß in erster Linie das eingetragene Rangverhältniß maßgebend ist. Diese Folgerung wird, um sie gegenüber den Vorschriften, welche der § 840 in Abs. 1 aufstellt, sicherzustellen, in dem Abs. 2 gezogen.

---

[1]) Anm. zu § 840 des Entw.

b) Nachträgliche Aenderung der Rangordnung.

§ 841.

Standpunkt des geltenden Rechtes.

Die Frage, ob das zwischen mehreren Rechten an einem Grundstücke bestehende Rangverhältniß nachträglich geändert werden kann, wird in den Landesgesetzen, wie es scheint, nur insoweit ausdrücklich entschieden, als der Rang von Hypotheken und Grundschulden in Frage kommt.

Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. bestimmt in § 35: „Ein voreingetragener Gläubiger kann sein Vorrecht einem nachstehenden einräumen. Die Einräumung des Vorrechtes für das Kapital bezieht sich auch auf die Nebenleistungen. Die Vorrechte der Zwischenposten werden hierdurch nicht geändert". Diese Sätze sind meist wörtlich in die dem preuß. Gesetze nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. übergegangen. Nach dem bayr. Hypoth. Ges. § 62 kann „ein Hypothekgläubiger unbeschadet seines Hypothekrechtes den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den anderen Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzuge nichts entzogen". Hiermit stimmen sachlich im Wesentlichen überein die Grundb. Ges. für Altenburg § 96, für Reuß ä. L. und j. L., das württemb. Pfandges. Art. 104. Nach allen diesen Gesetzen ist die Eintragung der Vorzugseinräumung zulässig, aber zur Gültigkeit derselben nicht nothwendig[1]).

Das sächs. G. B. hat unter § 440 folgende Sätze: „Das Vorrecht einer eingetragenen Forderung nach dem Alter kann auch ohne die Forderung abgetreten werden; dies erfordert jedoch zur Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung in das Hypothekenbuch. Die betreffenden Gläubiger wechseln ihre Stellen rücksichtlich der Summen, für welche das Vorrecht abgetreten ist, unbeschadet der Rechte anderer Gläubiger". Die Eintragung als Voraussetzung der Wirksamkeit gegen Dritte fordern ferner für Hessen das Pfandges. Art. 101, für Anhalt das Grundb. Ges. § 20, für Rudolstadt das Hypoth. Ges. § 40. Für Anhalt ist überdies die Zustimmung des Eigenthümers vorgeschrieben.

Nach mecklenb. Grundb. und Hypoth. R. ist die Aenderung der Rangordnung dem Eintragungsprinzipe unterworfen[2]), aber nur auf den Antrag des Eigenthümers gestattet[3]). Die revidirte Stadtb. O. erklärt unter § 20 Nr. 2b für „postpositionsfähig zwei unmittelbar hintereinander folgende Pöste, jedoch nur, wenn keiner derselben mit einem anderen gleichsteht, sowie unter derselben Beschränkung die sämmtlichen Theile eines getheilten Postens unter sich, wenn

---

[1]) Preuß. Grundb. O. § 86; oldenb. Grundb. O. § 70; bayr. Hypoth. Ges. § 151; altenb. Ges. § 187. Vergl. hierzu Regelsberger, das bayr. Hypoth. R. § 91 S. 452, Römer, das württemb. Unterpfandsr. § 52 S. 241.

[2]) Zweifelhaft scheint der Standpunkt der lübeck. Stadtb. O. § 18 und Hypoth. O. § 12, sowie des weimar. Pfandges. §§ 82 u. 147 zu sein. Nach dem bayr. Entw. III. Art. 402 ist Eintragung nöthig. Siehe ferner für Meiningen das Grundb. Ges. Art. 22 und für Lauenburg die Prot. O. § 20.

[3]) v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. § 33 S. 264.

die Postposition sogleich bei der Theilung geschieht". Blos im Falle der Theilung lassen die Postposition zu: die Doman. Hypoth. Gesetze für Schwerin § 15 Nr. 2b und für Strelitz § 19 Nr. 4, desgl. die Hypoth. O. für Landgüter § 15, letztere ohne die Beschränkung der Stadtb. O.

Das hamb. Grundb. und Hypoth. Ges. gestattet die Prioritätseinräumung ebenfalls nur bei der Theilung eines Postens, fügt jedoch (§ 37) hinzu: „Wenn ein mit einem anderen Posten in gleicher Priorität stehender Posten getheilt wird, so müssen die Theile untereinander in gleicher Priorität bleiben".

Standpunkt des Entw.

Hiernach fragt es sich zunächst, ob das bürgerliche Gesetzbuch eine Aenderung der aus § 840 sich ergebenden Rangordnung überhaupt zulassen und, wenn diese Frage bejaht werden muß, wie der Vorgang geregelt, ob namentlich die Vorzugseinräumung des geltenden Rechtes aufgenommen werden soll.

Darüber, daß das Gesetz den Betheiligten überhaupt die Möglichkeit gewähren muß, einem eingetragenen oder einzutragenden Rechte einen besseren Rang als denjenigen, welcher demselben nach § 840 gebührt, zu verschaffen, besteht kein Zweifel. Mag auch das praktische Bedürfniß nur in der Beschränkung auf Hypotheken und Grundschulden besonders zwingend sein, jedenfalls wird es nicht selten erheischen, daß ein solches Recht den Vorrang vor einem anderen Rechte, namentlich einer persönlichen Dienstbarkeit oder einer Reallast, erhalte. Wenn aber die Umgestaltung des Rangverhältnisses auf Hypotheken und Grundschulden nicht beschränkt werden kann, so wird das Gesetz einfacher und verständlicher, wenn sie für alle begrenzten Rechte gleichmäßig zugestanden wird.

Schwiege das Gesetz, so würde dem § 840 voraussichtlich die Tragweite beigelegt werden, daß die Rangordnung, welche derselbe bestimmt, wegen des Grundsatzes, daß das jüngere dingliche Recht stets dem älteren weiche, auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhe und folglich überhaupt nicht geändert, sondern nur durch eine neue Rangordnung ersetzt werden könne. Die Betheiligten würden dann, um ihren Zweck zu erreichen, die betreffenden Rechte sämmtlich zur Löschung bringen und hiernächst in der von ihnen vereinbarten Reihenfolge neu begründen bezw. wieder eintragen lassen müssen. Von diesem Wege aber muß abgesehen werden, weil derselbe mit Weiterungen und erheblichen Kosten für die Betheiligten verbunden sein würde. Dem praktischen Bedürfnisse kann in befriedigender Weise nur so genügt werden, daß das Gesetz eine Aenderung der bestehenden Rangordnung für zulässig erklärt und demgemäß den Gegenstand regelt.

1. Aenderung der Rangordnung durch Vertrag und Eintragung.

1. Klar ist, daß hier ein rechtsgeschäftlicher Akt in Frage steht, durch welchen dingliche Rechte geändert, in ihrer Wirkung gegen Dritte gesteigert bezw. abgeschwächt werden sollen.

a) Da das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit für das Sachenrecht nicht gilt, so bedarf es einer besonderen Bestimmung, welche die Zulässigkeit einer Aenderung der Rangordnung ausspricht. Diese Bestimmung enthält der § 841 in seinem ersten Satze.

Die Personen, welche den Vertrag zu schließen haben.

b) Die Aenderung erfordert einen Vertrag und Eintragung in das Grundbuch. Dies ist nach den allgemeinen Erwägungen, auf welchen der § 28 Abs. 1 beruht, nicht zweifelhaft. Fraglich kann nur sein, von welchen Personen der Vertrag zu schließen ist. Außer denjenigen, für deren Rechte der Rang

geändert werden soll, rechnet der § 841 Satz 2 hierher die etwa zwischen denselben stehenden Berechtigten und in allen Fällen den Eigenthümer des Grundstückes. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß, wenn die Betheiligten die bisherige Rangordnung durch eine neue ersetzen wollen, dieser Wille nur in der Löschungsbewilligung der Berechtigten und der Wiedereintragungsbewilligung des Eigenthümers sich wirksam bethätigen, die Neubegründung der Rechte aber nur mittels dinglichen Vertrages zwischen dem Eigenthümer und den wiedereinzutragenden Berechtigten sich vollziehen kann. Die Verweisung der Betheiligten auf diesen Weg wird freilich von dem Entwurfe abgelehnt, aber doch nur um denselben das Geschäft durch eine einfachere Form zu erleichtern, keineswegs in der Absicht, eine Aenderung der Rangordnung ohne Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Eigenthümers und der Zwischenberechtigten zuzulassen. Diese Interessen würden in hohem Grade gefährdet werden, wenn der Vertrag nur von denjenigen geschlossen zu werden brauchte, deren Rechte ihren Rang vertauschen sollen. Jede Rangveränderung verändert zugleich die Rechtsstellung des Eigenthümers und kann für denselben in verschiedener Hinsicht von erheblicher Bedeutung sein. Sie ändert aber auch, wenn jene Rechte nicht unmittelbar hinter einander eingetragen stehen, das Rangverhältniß der zwischen ihnen eingetragenen Rechte. Das Interesse der Zwischenberechtigten erhellt ohne Weiteres daraus, daß das zurücktretende Recht möglicherweise von denselben mit Erfolg bekämpft werden kann, während das vortretende Recht einem solchen Angriffe nicht ausgesetzt ist. Deshalb muß die Wirksamkeit des zu einer Aenderung der Rangordnung erforderlichen Vertrages davon abhängig gemacht werden, daß derselbe von dem Eigenthümer und den etwaigen Zwischenberechtigten mitabgeschlossen wird.

c) Die entsprechende Anwendung der §§ 828—833, 837—839, welche in dem dritten Satze des § 841 vorgeschrieben wird, bedarf einer besonderen Rechtfertigung nicht.

2 Ablehnung der Vorzugseinräumung des bisherigen Rechtes.

2. Die Vorzugseinräumung des geltenden Hypothekenrechtes wird insoweit, als sie nicht durch den § 841 gedeckt ist, von dem Entwurfe unterdrückt. Sie unterscheidet sich von dem in diesem Paragraphen geregelten Institute wesentlich dadurch, daß sie ohne Mitwirkung des Eigenthümers bezw. der Zwischenberechtigten vollzogen werden kann. Das Rechtsverhältniß indessen, welches auf diese Weise geschaffen wird, ist durchaus nicht klar und einfach, sondern nicht selten zweifelhaft und verwickelt. Die Rechtsprechung des vormaligen preußischen Obertribunals und des Reichsgerichtes[1]) sowie verschiedene wissenschaftliche Untersuchungen, welche in neuerer Zeit über die Prioritätseinräumung angestellt sind[2]), beweisen dies zur Genüge. Die Absicht der

[1]) Siehe namentlich die Entscheidungen, welche in Koch's Allg. Landrecht (I, 20 § 410 Zus. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 35 Anm. 70) 8 Aufl. Bd. 2 S. 840 u. 841 nachgewiesen sind.

[2]) Strohal, die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht (1880); Paris, die Lehre von der Prioritätsabtretung nach deutschem Hypothekenrecht (1883); Conrad, die Prioritätsabtretung in ihrer Wirkung auf Zwischenhypotheken, eine Studie über § 30 des österr. G. B. vom 25 Juli 1871 (1883); Küntzel, zur Lehre von der Vorrechtseinräumung, in Gruchots Beitr. 26 S. 68—99.

Betheiligten bei dem Geschäfte ist regelmäßig die, daß die nachstehende Hypothek den Rang der vorstehenden Post mit dinglicher Wirkung, und zwar nicht blos gegen den zurücktretenden Gläubiger, sondern gegen Jedermann erhalten soll. Wie aber dieser Absicht die Verwirklichung, ohne mit dem Begriffe des dinglichen Rechtes in Widerspruch zu treten, anders als durch die von dem Entwurfe vorgesehene Aenderung der Rangordnung ermöglicht werden kann, ist ein Problem, dessen Lösung bisher nicht gelungen ist.

a) Die Vorstellung, daß die beiden Hypotheken, deren eine den Vorrang vor den anderen bekommen soll, zur Erreichung dieses Zweckes nur ihre Stellen im Grundbuche zu wechseln brauchten, wäre nur dann zutreffend, wenn jeder Hypothek eine feste Stelle angewiesen wäre. Vom Standpunkte des Entwurfes aber haftet die Hypothek nicht an einer bestimmten Stelle, sondern an dem ganzen Grundstücke, soweit dasselbe nicht von anderen, ihr im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechten ergriffen wird[1]). Von einer „Stelle" kann daher hier nur in dem Sinne gesprochen werden, daß damit der Rang bezeichnet wird, welchen eine Hypothek im Verhältnisse zu anderen Hypotheken und sonstigen Rechten an demselben Grundstücke einnimmt. Ein Stellenwechsel ist folglich nichts weiter als eine Rangveränderung, welche nach § 841 nur durch Vertrag mit dem Eigenthümer und den etwaigen Zwischenberechtigten herbeigeführt werden kann.

b) Ebensowenig läßt sich die Aufgabe dadurch lösen, daß man einen wechselseitigen Austausch der Hypotheken zwischen den Gläubigern unterstellt. Denn die Hypothek kann ihrem Begriffe nach von der durch sie gesicherten Forderung nicht getrennt werden. Die Anomalie, welche in der Zulassung einer Vertauschung der Hypotheken läge, wäre zwar dadurch zu mildern, daß ungeachtet der Uebertragung der einen Hypothek auf die durch die andere gesicherte Forderung die eingetragenen Modalitäten und die vor der Uebertragung entstandenen Einwendungen insoweit erhalten blieben, als nicht der § 837 entgegenstände. Allein dann hätte man in Wirklichkeit wieder den „Stellenwechsel", der als Aenderung der Rangordnung im Sinne des § 841 behandelt werden muß.

c) Die Vorzugseinräumung kann auch so gestaltet werden, daß sie zwar ohne Zuziehung des Eigenthümers und der Zwischenberechtigten vorgenommen, der Eigenthümer aber durch sie mit der Wirkung gebunden wird, daß er mit dem Gläubiger, welcher sein Vorrecht abgetreten hat, sich nicht mehr in Verhandlungen einlassen darf und, wenn die Hypothek fällig geworden ist, ihren Betrag hinterlegen muß, um die Hypothek löschen lassen oder anderweit über dieselbe verfügen zu können. Aber wenn das Gesetzbuch diese Gestaltung sich aneignete, so würde es allen den Schwierigkeiten begegnen, welche die nothwendige Folge jeder nur relativ wirkenden Aenderung der Rangordnung sind. Es müßten zur Beseitigung von Zweifeln kasuistische Bestimmungen über die Hinterlegung und bezw. die Wirkungen derselben für den Eigenthümer und

[1]) Vergl. die §§ 1071, 1102.

den Gläubiger, welchem das Vorrecht eingeräumt ist, sowie namentlich über die Behandlung des Verhältnisses bei der Zwangsversteigerung getroffen werden. Immer jedoch würde diese Regelung zu einem schwer zu rechtfertigenden Eingriffe in die Rechtsstellung des Eigenthümers gegenüber den Hypothekengläubigern führen. Die Stellung der Zwischenberechtigten aber bliebe unklar, sofern nicht besonders vorgeschrieben würde, daß die Vorzugseinräumung sie nicht berührte. Juristisch klar würde freilich das Verhältniß, wenn das Gesetz eine Belastung der voreingetragenen Hypothek, ein eigenes (dingliches) Recht an der letzteren, welches dem Pfandrechte ähnlich wäre, durch die Prioritätsabtretung entstehen ließe. Aber die Befugniß zur Bekämpfung der Post wäre damit den Zwischenberechtigten in allen Fällen entzogen, in welchen der nacheingetragene Gläubiger sich auf den § 837 Abs. 1 berufen könnte. Zu einer vollständigen Hebung der angedeuteten Bedenken würde man nur gelangen, wenn dem Rechte dieses Gläubigers an der Hypothek des vorstehenden der Inhalt des Pfandrechtes gegeben würde. Dann aber wäre das in dem vierten Titel des neunten Abschnittes geregelte Institut der Verpfändung von Hypotheken genügend, die Schaffung eines besonderen dinglichen Rechtes mittels der Vorzugseinräumung entbehrlich.

d) Die Vorzugseinräumung könnte endlich auch so gestaltet werden, daß ihre Wirkung auf die beiden Gläubiger, welche sie vereinbarten, und deren Rechtsnachfolger sich beschränkte. Auf diese Weise würde allerdings die Rechtsstellung des Eigenthümers und der Zwischenberechtigten völlig gewahrt, aber zugleich ein nur höchst unvollkommenes Recht geschaffen. Die Unvollkommenheit liegt darin, daß die Wirkungen der Vorzugseinräumung fallen, wenn die voreingetragene Hypothek gelöscht oder von dem Eigenthümer durch Befriedigung des Gläubigers erworben oder von den Zwischenberechtigten als ungültig mit Erfolg bekämpft wird, bezw. daß der Gläubiger, welchem die nacheingetragene Hypothek zusteht, ein Recht zum Widerspruche hiergegen nicht hat. Eine so beschränkte Vorzugseinräumung aber ist kaum von praktischem Werthe. Sie ist überdies im höchsten Grade gefährlich, weil sie geeignet erscheint, dem weniger rechtskundigen Gläubiger eine Falle zu stellen, insofern nämlich, als derselbe bei dem Geschäfte ein festes Recht auf den Rang der vorstehenden Hypothek zu erwerben glaubt, um dann vielleicht bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu erfahren, daß das von ihm erworbene Recht ohne sein Zuthun erloschen ist. Hierzu kommt, daß eine solche Regelung der Vorzugseinräumung gegenüber dem Deckungsprinzipe des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht ohne eine Menge einzelner Bestimmungen verwickelter Natur sich durchführen lassen würde. Es steht ihr endlich auch das Bedenken entgegen, daß durch sie ein an sich bloß obligatorisches Recht eine gewisse dingliche Wirkung erhalten oder aber ein ganz neues dingliches Recht blos für das Verhältniß der hypothekarischen Gläubiger zu einander geschaffen werden müßte.

Hiernach liegt eine Veranlassung zur Aufnahme der Vorzugseinräumung in das bürgerliche Gesetzbuch um so weniger vor, als das praktische Bedürfniß, soweit ihm nicht durch den § 841 Rechnung getragen wird, dadurch Befriedigung findet, daß die betheiligten Gläubiger ihre Hypothekenforderungen sich verpfänden oder abtreten können.

c) Vorbehalt des Ranges für ein künftig einzutragendes Recht.

§ 842.

Schweigen der Landesgesetze.

Der Eigenthümer kann ein Interesse daran haben, bei der Belastung des Grundstückes mit einem Rechte sich die Befugniß vorzubehalten, das Grundstück weiter mit einem bestimmten Rechte in der Weise zu belasten, daß dieses Recht den Vorrang vor dem früher eingetragenen erhalten soll. Die Landesgesetze schweigen meist über dieses Geschäft, scheinen dasselbe aber, soweit sie die Vorzugseinräumung haben, als eine Konsequenz dieses Institutes gelten zu lassen[1]); einige erwähnen bei der Regelung des Verfahrens, daß, wenn der Eigenthümer bei einer einzutragenden Forderung sich die Eintragung einer anderen Forderung mit gleichem Rechte vorbehalten habe, dieser Vorbehalt zugleich mit jener Forderung einzutragen sei[2]).

Bedürfniß für die Zulassung eines Rangvorbehaltes.

Ein praktisches Bedürfniß für die Zulassung eines solchen Geschäftes tritt namentlich in dem Verkehre mit Baustellen zu Tage. In Berlin und anderen großen Städten werden die zur Deckung des steigenden Wohnungsbedürfnisses erforderlichen Neubauten in zahlreichen Fällen von gewerbsmäßigen Unternehmern aufgeführt, welche darauf angewiesen sind, mit fremdem Kapitale zu arbeiten. Den Kredit gewährt hierbei oftmals nur das Grundstück, welches zum Zwecke der Bebauung von dem Unternehmer erworben wird. Auf den Erwerbspreis wird nur eine geringe Anzahlung geleistet; für den Rest wird dem Veräußerer Hypothek mit dem Grundstücke bestellt, dabei aber dem Besteller das Recht vorbehalten, einer neu einzutragenden Post von einem bestimmten Betrage den Vorrang vor der Kaufgeldhypothek beizulegen, sobald der Bau bis zu einer gewissen Höhe vorgeschritten, bezw. ein gewisses Stadium erreicht haben werde. Dieser Vorbehalt hat unverkennbar die Billigkeit für sich, weil die Baustelle ihren eigentlichen Werth erst durch die Bebauung erlangt, und der Unternehmer kann von ihm nicht absehen, weil er auf Hypotheken hinter dem Restkaufgelde das erforderliche Baukapital nicht zu beschaffen vermag. Ist nun aber die Vermehrung der Wohnstätten, welcher die in Rede stehenden Geschäfte dienen, eine Aufgabe, deren Erfüllung im Interesse der Volkswohlfahrt möglichst zu fördern ist, so kann nicht daran gedacht werden, diesen Geschäften die Möglichkeit, dingliche Wirkung zu erlangen, in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu versagen.

Das praktische Bedürfniß für den Rangvorbehalt beschränkt sich indessen nicht auf die Fälle, in welchen die Erwerber von Baustellen die Kaufgeldforderung des Veräußerers hypothekarisch sicher stellen, überhaupt nicht auf die Fälle der Bestellung von Hypotheken; vielmehr kann es sich auch dann geltend machen, wenn ein Grundstück mit einem anderen Rechte unter dem Vorbehalte der Priorität eines später einzutragenden Rechtes belastet werden soll. Es

---

[1]) Vergl. für das preuß. Recht Koch, Komm. zum A. L. R. I, 20 § 500 Note 27b (8. Aufl.) Bd. 2. S. 893.

[2]) Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Okt. 1852 § 184, Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 § 183, Reuß ä. L. v. 27. Febr. 1873 § 182, Verordn. für das Königreich Sachsen v. 9. Jan. 1865 § 143.

rechtfertigt sich deshalb, den Rangvorbehalt bei allen begrenzten Rechten zuzulassen.

Art der Regelung des Vorbehaltes.

Indem der § 842 Abs. 1 die Zulassung in seinem ersten Satze ausspricht, macht er in seinem zweiten Satze die Wirksamkeit des Geschäftes in Konsequenz der Bestimmung des § 828 Abs. 1 davon abhängig, daß nicht allein der Vorbehalt bei dem Rechte, gegen welches er sich bethätigen soll, sondern auch der Vorrang des später zur Eintragnng gelangenden Rechtes bei diesem miteingetragen wird.

Mit dem oben S. 204 abgelehnten Institute der Offenhaltung der Stelle hat der Rangvorbehalt ebensowenig etwas gemein wie mit der Vorzugseinräumung. Der § 842 hält sich vollständig in dem Rahmen der Vorschriften des § 841 über die Aenderung der Rangordnung. Es ergiebt sich dies namentlich aus seinem dritten Satze, welcher zugleich erkennbar macht, daß der Vorbehalt nur zum Nachtheile desjenigen wirkt, dessen Recht unter oder mit dem Vorbehalte eingetragen ist.

Durch den Vorbehalt wird eine Vergünstigung für den Eigenthümer als solchen begründet. Das erhebliche Interesse, welches letzterer daran haben kann, daß dieselbe auch seinem Rechtsnachfolger zu Theil werde, muß als ein berechtigtes anerkannt werden. Der Vorbehalt erlischt daher nicht, wenn das Grundstück vertragsmäßig veräußert wird. Wohl aber muß er im Falle der Zwangsversteigerung durch den Uebergang des Eigenthumes auf den Ersteher erlöschen, weil dieser dasselbe unabhängig von dem Rechte des bisherigen Eigenthümers erwirbt, die Fortdauer des Vorbehaltes überdies mit der Art und Weise, wie der Erwerbspreis von dem Ersteher zu berichtigen ist, sich füglich nicht vereinigen lassen würde. Das Erlöschen wird zur Vermeidung mißverständlicher Auffassungen in dem Abs. 2 des § 842 ausdrücklich vorgeschrieben.

8. Berichtigung des Grundbuches.

§ 843.

Beseitigung von Unrichtigkeiten des Grundbuches.

Das Grundbuch hat die Bestimmung, die Rechte am Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen. Das Gesetz muß daher Vorsorge treffen, daß Widersprüche, welche zwischen dem Inhalte des Buches und der wirklichen Rechtslage entstehen, gehoben werden können. Ob und inwiefern das Grundbuchamt zu diesem Zwecke von Amtswegen bezw. auf das einseitige Anrufen eines Betheiligten Eintragungen vornehmen darf, ist eine Verfahrensfrage, deren Lösung der Grundbuchordnung vorbehalten bleiben muß. Dagegen hat das bürgerliche Gesetzbuch darüber Aufschluß zu geben, welche Ansprüche für den dinglich Berechtigten gegen einen Anderen dadurch begründet werden, daß das Grundbuch zu Gunsten des letzteren etwas Unrichtiges bekundet. Dem Sachenrechte indessen gehört nur der dingliche Anspruch an. Der obligatorische Anspruch, welcher neben dem dinglichen möglich ist, richtet sich nach den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse.

Anspruch auf Richtigstellung des Buches.

Nach denjenigen Gesetzen, welche den Eintragungen in das Grundbuch formale Rechtskraft beilegen, ist der Anspruch des durch eine Eintragung Ver-

letzten gegen den Eingetragenen immer nur obligatorischer Natur[1]). Die übrigen Gesetze dagegen gewähren in diesem Falle einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Buches[2]). Für das preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. ergiebt sich diese Auffassung aus der Art und Weise, wie in demselben die Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges und die Rechtsstellung des Eigenthümers gegenüber ungültigen und getilgten Hypotheken und Grundschulden geregelt wird[3]). Dasselbe gilt für die diesem Gesetze in Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. nachgebildeten Gesetze. Im Uebrigen folgt auch nach denjenigen Gesetzen, die für den Rechtserwerb einen Titel fordern, aus der rechtlichen Bedeutung der Eintragung, daß eine zu Unrecht erfolgte oder ein nicht mehr bestehendes Recht als noch bestehend darstellende Eintragung mit einem dinglichen Anspruche zu beseitigen sein muß[4]). Für den Entwurf kann es sich deshalb nur fragen, wie die Voraussetzung dieses Anspruches und der Inhalt desselben bestimmt werden soll.

I. Vorausgesetzt wird in dem § 843 I. Voraussetzungen des Anspruches.

1. ein Widerspruch zwischen dem Inhalte des Grundbuches und der wirklichen Rechtslage.

a) Ein solcher Widerspruch kann dadurch entstehen, daß ein Recht bezw. die Belastung, die Uebertragung oder die Aufhebung eines Rechtes zur Eintragung gelangt, obschon die wesentlichen Erfordernisse, von welchen das Gesetz die Rechtsänderung abhängig macht, nicht erfüllt sind, der dingliche Vertrag oder das einseitige Rechtsgeschäft nichtig[5]), der Erbschein gefälscht, das Urtheil nicht gegen den passiv Betheiligten ergangen oder wieder aufgehoben ist[6]). In solchen und ähnlichen Fällen ist das Grundbuch von vornherein unrichtig, weil die Rechtsänderung, welche den Gegenstand der Eintragung bildete, überhaupt nicht stattgefunden hat.

b) Ein Recht kann völlig unanfechtbar eingetragen, aber demnächst weggefallen sein. In diesem Falle wird das Grundbuch mit dem Wegfalle des Rechtes unrichtig.

Die unter a) und b) bezeichneten Fälle stehen rechtlich einander gleich, da ihnen die Wirkungslosigkeit der vorhandenen Eintragung gemeinsam, der Grund aber, aus welchem sie sich ergiebt, für das dingliche Rechtsverhältniß bedeutungslos ist.

c) Mit Rücksicht darauf, daß außer den Rechten an Grundstücken auch Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über das ihm zustehende

---

[1]) Oben S. 137.

[2]) Aussprüche der Praxis in den Entsch. des vormaligen Ob. Trib. zu Berlin Bd. 18 S. 264, Bd. 80 S. 55 und in Seuffert's Arch. Bd. 9 Nr. 138, Bd. 12 Nr. 247, Bd. 28 Nr 200. Siehe ferner Förster (Eccius), preuß. Priv. R. § 181, Regelsberger, bayr. Hypoth. R. S. 173, 483, aber auch Roth, bayr. Civilr. § 196 Note 1.

[3]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 9, 60, 63.

[4]) Oben S. 138—140, 158—160, 205.

[5]) Wegen des nur anfechtbaren Geschäftes oben S. 221.

[6]) Vergl. die §§ 828, 832 ff.

Recht in das Grundbuch gehören, kann der Inhalt des letzteren auch dadurch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch treten, daß eine Verfügungsbeschränkung widerrechtlich eingetragen oder eine rechtmäßig eingetragene Beschränkung aufgehoben oder zu Unrecht gelöscht wird.

2. Der § 843 setzt zu seiner Anwendung ferner voraus, daß das Recht desjenigen, welcher sich auf ihn beruft, durch die wirkungslose bezw. unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird. Die Beeinträchtigung liegt vornehmlich darin, daß derjenige, zu dessen Gunsten diese Eintragung besteht, über das ihm zugeschriebene Recht durch Veräußerung oder durch Belastung verfügen, hierdurch aber das Recht des Anderen vernichten oder entwerthen kann[1]). Eine mehr oder minder erhebliche Entwerthung des Rechtes wird sich überdies nicht selten schon daraus ergeben, daß die unrichtige Eintragung den Berechtigten an der Verfügung über das Recht thatsächlich hindert, da dritte Personen, zu deren Gunsten derselbe verfügen könnte, kaum je in der Lage sein werden, sich von der wirklichen Rechtslage zu überzeugen.

II. Inhalt des Anspruches.

II. Der Inhalt des Anspruches bestimmt sich in der Hauptsache durch die Beschaffenheit des beeinträchtigten Rechtes.

Das dingliche Recht erzeugt vermöge seiner absoluten Natur für den Berechtigten gegen Jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befindet, den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt und der dem Rechte entsprechende Zustand hergestellt werde; es verpflichtet den Störer, nicht blos dies zu dulden, sondern positiv dabei mitzuwirken, sofern bezw. soweit der Anspruch ohne diese Mitwirkung nicht befriedigt werden kann. Wenn daher die Störung (Beeinträchtigung) dadurch herbeigeführt wird, daß der Inhalt des Grundbuches dem Rechte widerspricht, so muß derjenige, zu dessen Gunsten die den Widerspruch ergebende Eintragung besteht, nicht allein die Berichtigung geschehen lassen, sondern auch die zu derselben seinerseits erforderliche Erklärung abgeben, d. h. mit Rücksicht darauf, daß die Berichtigung dem formellen Konsensprinzipe unterliegt, die der wirklichen Rechtslage entsprechende Eintragung in der nach der Grundbuchordnung erforderlichen Form bewilligen[2]). Indem der erste Absatz des § 843 unter Satz 1 dies vorschreibt, stellt er die negatorische Natur des Anspruches auf Berichtigung des Buches außer Zweifel. Daß dieser Anspruch, wenn über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet wird, als Aussonderungsanspruch gegen die Konkursmasse geht, ergiebt sich aus § 35 der Konk. O. und braucht hier nicht besonders bestimmt zu werden. Dagegen zieht der § 843, um die richtige Auffassung des Berichtigungsanspruches sicherzustellen, unter Satz 2 für die Fälle, in welchen die Löschung eines Rechtes von nachstehenden Berechtigten verlangt werden kann, aber nur auf den Antrag des Eigenthümers geschehen darf, aus Satz 1 die Folgerung, daß der Eigenthümer zur Stellung des Antrages verpflichtet ist.

Das geltende Recht enthält Bestimmungen, welche den hier behandelten Anspruch gegen denjenigen ausschließen, welcher in Unkenntniß der Sachlage

---

[1]) Vergl. §§ 828, 837.

[2]) Vergl. oben S. 181, 184.

zur Eintragung und hierdurch zum Rechtserwerbe gelangt ist[1]). Vom Standpunkte des Entwurfes bedarf es in dieser Hinsicht keiner besonderen Vorschrift, weil der § 843 nach seiner Fassung eine unrichtig, erfolgte aber wirkungslos gewordene Eintragung voraussetzt, der § 837 aber ergiebt, daß die unter seinem Schutze gemachte Erwerbung als rechtsbeständig anzusehen, die zu ihrer Vollendung vorgenommene Eintragung des Erwerbers daher als richtig und wirksam jedem Angriffe des durch sie Verletzten entzogen ist[2]).

III. Aus der Thatsache allein, daß das Grundbuch eine Unrichtigkeit enthält, folgt nicht, daß derjenige, welcher die der wirklichen Rechtslage entsprechende Eintragung zu bewilligen hat, auch die durch die Bewilligung und die Eintragung erwachsenden Kosten tragen müßte. Diese Kosten fallen mithin dem Berechtigten zur Last, sofern nicht das Rechtsverhältniß, welches zwischen ihm und dem Verpflichteten besteht, ein Anderes ergiebt. Der § 843 spricht dies in seinem zweiten Absatze nach dem Vorgange des § 270 der Deutlichkeit wegen aus. III. Kosten.

9. Vormerkung.

a) Grundsätze.

§ 844.

Zum Schutze gegen die Gefahren, welche mit der Bucheinrichtung durch den öffentlichen Glauben des Buches und durch das Eintragungsprinzip verbunden sind, gestatten die geltenden Grundb. und Hypoth. Gesetze in ihrer Mehrzahl eine vorläufige Eintragung, durch welche die endgültige Eintragung für den Fall der Beibringung ihrer Voraussetzung sichergestellt wird. Geschichtlich läßt sich dieser Standpunkt auf die preuß. Hypoth. O. v. 20. Dezember 1783 zurückführen. Dieses Gesetz bestimmte in seinem 2. Titel unter §§ 289, 290, 298, 299 Folgendes: „Protestationen werden eingelegt, wenn Jemand einen Realanspruch an ein Grundstück behauptet, den er aber, sofort liquid zu machen, ohne seine Schuld verhindert wird. Wegen blos persönlicher Anforderung findet keine Protestation statt. Der Effekt einer . . . . . ingrossirten Protestation besteht darin, daß, so lange solche auf dem Grundstück haftet, alle mit letzterem vorzunehmenden Dispositiones und darauf geschehende Eintragungen dem Protestanten an seinem wirklichen Rechte nicht nachtheilig werden können. Wenn also der Protestant das streitige Realrecht durch richterliches Urtheil oder auf andere Weise wirklich behauptet, so tritt dasselbe ipso jure an die Stelle, wo die Protestation eingetragen ist, und geht allen nachher ingrossirten Posten vor". Unter dem Realanspruche, auf dessen Schutz diese Protestationen abzielten, wurde nicht blos ein an der Sache bereits begründetes Recht, sondern auch ein rechtsgültiger Titel zur Eintragung einer Hypothek begriffen. Daher die gebräuchliche Bezeichnung protestationes pro conservando jure et loco. Die Hypoth. O. kannte ferner eine Protestation zur Erhaltung des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen Verfügungen über eine zur Standpunkt der bestehenden Gesetze.

[1]) Vergl. das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. § 9 Abs. 2 und die preuß. Grundb. O. § 118, das sächs. G. B. § 278 ꝛc.

[2]) Vergl. oben S. 215, 225.

Eintragung gelangte Hypothek. Das A. L. R., welches hierüber nähere Bestimmungen traf, dehnte diesen Rechtsschutz auf alle Einwendungen gegen eine eingetragene Forderung aus[1]).

Die Lehre von den Protestationen wurde dadurch verdunkelt, daß mit denselben in der Theorie und Praxis nicht selten Eintragungen provisorischer Natur verwechselt wurden, welche weder ein bestehendes Recht an dem Grundstücke noch die Erwerbung eines solchen zu sichern bezwecken, sondern lediglich die Beschlagnahme des Grundstückes wegen Geldforderungen, die Eröffnung des Konkurses oder die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens zu veröffentlichen bestimmt sind. Man bezeichnete derartige Vermerke als protestationes de non disponendo oder de non amplius intabulando. Das Gesetz, betreffend einige Abänderungen der Hypoth. O., v. 24. Mai 1853 schrieb unter § 52 die Eintragung von Arresten, welche wegen Geldansprüche oder anderer Forderungen auf Grundstücke angebracht würden, in der dritten Rubrik des Hypothekenbuchfoliums vor. Dieses Gesetz indessen ist mit der Hypoth. O. durch die Grundb. O. v. 5. Mai 1872 beseitigt.

Die Protestationen sind unter der Bezeichnung „Vormerkungen" in dem Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. und der Grundbuchordnung neu geregelt. Die vorhandenen Dunkelheiten und Zweifel in dieser Lehre sind jedoch nicht völlig gehoben[2]). Eine Vormerkung kann eingetragen werden: 1. zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes, namentlich zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung desselben oder auf Löschung eines eingetragenen, aber nicht bestehenden, bezw. weggefallenen Rechtes[3]); 2. zum Schutze eines persönlichen Rechtes auf Einräumung oder auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes, insbesondere zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung des Eigenthumes oder auf Eintragung einer Hypothek oder einer Grundschuld[4]). Beide Kategorieen haben, wenn die endgültige Eintragung nachfolgt, dingliche Wirkung von dem Zeitpunkte ihrer Eintragung an; wenigstens pflegen die gesetzlichen Bestimmungen, wenn auch nicht ohne Widerspruch, so ausgelegt zu werden[5]). Der Arrest zur Sicherung einer Geldforderung wird nach dem Gesetze, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 § 10 als Vormerkung einer Hypothek in das Grundbuch eingetragen.

Die Regelung der Vormerkungen in den Grundbuchgesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe und Schaumburg-Lippe schließt sich mehr oder weniger wörtlich den preußischen Gesetzen an. Auf dem nämlichen Standpunkte scheinen auch die Grundbuchgesetze für Meiningen und Anhalt zu stehen. Ebenso lassen sich in den Verwahrungen (Protestationen, Vormerkungen) des bayr., des württemb. und des

---

[1]) Allg. Hypoth. O. 2 §§ 153, 177, A. L. R. I, 20 §§ 418 ff.

[2]) Siehe die Mittheilungen aus der Praxis und der Literatur in den Noten zu dem Gesetze über den Eigenthumserw. ꝛc. in Koch's A. L. R. (8. Aufl.) Bd. 1 S. 679, 680 Bd. 2 S. 719, 720, 826—828.

[3]) Ges über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 8, 9, 16, 60; Grundb. O. §§ 88, 102.

[4]) Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 8, 22, 60; Grundb. O. §§ 64, 88.

[5]) Vergl. Anm. 2.

weimar. Hypothekenrechtes Vormerkungen zum Schutze dinglicher und zur Sicherung obligatorischer Ansprüche mit dinglicher Wirkung unterscheiden[1]).

Dagegen haben die Klauseln und Vormerkungen in Hamburg, die Marginalnoten und eingetragenen Arreste in Lübeck, die Inhibitionen und Verwillkürungen in Mecklenburg, die Vormerkungen in Hessen, die Verwahrungen (Protestationen) und Vormerkungen in Sachsen sowie in Altenburg und beiden Reuß nur die Wirkung, daß bis zu ihrer Löschung in das Grundbuch nichts zum Nachtheile des Rechtes aufgenommen werden darf, dessen Sicherung durch die vorläufige Eintragung bezweckt wird[2]).

Der Standpunkt des Entwurfes ist folgender:

Standpunkt des Entwurfes. I. Vormerkung zum Schutze von Rechten an dem Grundstücke.

I. Das Institut der Vormerkung ist insoweit in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, als es zum Schutze bestehender Rechte an Grundstücken dient. Das Recht, die Eintragung eines solchen Rechtes oder die Löschung eines eingetragenen aber nicht bestehenden Rechtes nach § 843 zu verlangen, ist dadurch gefährdet, daß es verloren geht, wenn der Verpflichtete zu Gunsten eines Dritten verfügt und dieser, gestützt auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches, in Gemäßheit des § 837 Abs. 1 rechtsgültig erwirbt. Die Gefährdung hat also ihren unmittelbaren Grund in einem Prinzipe, auf welchem die rechtliche Sicherheit der Erwerbung eingetragener Rechte beruht. Dieselbe Rücksicht aber, welche den Erwerbsgeschäften zu Theil wird, muß auch auf die Erhaltung der erworbenen Rechte genommen werden. Das Gesetz muß den Berechtigten die Möglichkeit gewähren, sich gegen die durch jenes Prinzip ihnen drohenden Gefahren zu schützen. Das geeignete Schutzmittel ist eine von dem Willen des Verpflichteten unabhängige Eintragung vorläufiger Natur, eine Vormerkung des gefährdeten Rechtes. Durch die Vormerkung, welche der § 844 Abs. 1 zuläßt, wird dieses Recht inhaltlich nicht verändert, sondern nur der Annahme, daß das Grundbuch die wirkliche Rechtslage bekunde, widersprochen. Muß nun einerseits bei Jedem, der ein auf die Erwerbung eines Rechtes an dem Grundstücke gerichtetes Rechtsgeschäft eingeht, die Kenntniß des Grundbuchinhaltes vorausgesetzt werden[3]), so erscheint es andererseits nicht bedenklich, der

[1]) Bayr. Hypoth. Ges. vom 1. Juni 1822 §§ 27—30, Roth, bayr. Civ. R. § 182, Regelsberger, bayr. Hypoth. R. S. 290 ff., bayr. Entw. III. Art. 82—84; württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 74 ff., Wächter, Erört. I S. 197 ff., Römer, das württemb. Unterpfandsrecht S. 164 ff.; weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 §§ 68 ff., 130 ff.

[2]) Hamb. Ges. v. 4. Dezbr. 1868 §§ 19 ff.; lübeck. Stadtb. O. v. 6. Juni 1818 §§ 35 ff. und Hypoth. O. v. 22. März 1820 §§ 19, 21; mecklenb. rev. Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Oktober 1848 §§ 20, 29, 35 und rev. Stadtb. O. v. 21. Dezbr. 1857 §§ 23, 30, 48, v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. S. 69, 71, 95 ff., 177, 254; hess. Grundb. Ges. v. 21. Febr. 1852 Art. 18 und Pfandges. v. 15. Septbr. 1858 Art. 43 ff., 165 ff., Müller, Ingrossation §§ 41, 42, 57, 58 und Pfand R. §§ 48 ff.; sächs. G. B. § 143, 404—408 und Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 119 ff., 216 ff., Siegmann, sächs. Hypoth. O. S. 79—94, 190—211 und Hypoth. R. S. 60 ff.; altenb. Ges. v. 13. Oktober 1852 §§ 22, 23, 53, 90, 91, 151 ff.; reuß. Ges. v. 20. Novbr. 1858 und 27. Februar 1873.

[3]) Vergl. oben S. 212, 213.

demgemäß vorauszusetzenden Kenntniß des eingetragenen Widerspruches die nämliche Wirkung beizulegen wie einer Kenntniß der die Unrichtigkeit des Buches ergebenden Thatsachen. Der § 844 bestimmt deshalb in seinem Abs. 2 die Wirkung der Vormerkung mit Rücksicht auf § 837 Abs. 2 dahin, daß insoweit, als durch die Vormerkung der Richtigkeit des Grundbuches widersprochen wird, die Vorschriften des § 837 Abs. 1 und des § 838 keine Anwendung finden.

II. Unterdrückung der Vormerkung zum Schutze persönlicher Ansprüche auf Eintragung

II. Eine Vormerkung zur Erhaltung von Ansprüchen auf Einräumung eines dinglichen Rechtes, dessen Erwerbung von der Eintragung abhängig ist, oder auf Aufhebung eines eingetragenen Rechtes läßt der Entwurf nicht zu. Von seinem Standpunkte würde, da dem obligatorischen Anspruche im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung die Verwirklichung durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot und dessen Eintragung gesichert werden kann, die Zulassung einer Vormerkung zu diesem Zwecke nur dann ein besonderes Rechtsinstitut schaffen, wenn durch dieselbe der Anspruch nicht blos gegen Verfügungen des Verpflichteten, sondern hierüber hinaus, insbesondere auch für den Konkursfall, durch vorläufige d. h. unter der Bedingung der Liquidestellung wirksame Eintragung des Rechtes sichergestellt würde. Einem solchen Institute stehen aber schwerwiegende Bedenken entgegen.

Ein Anspruch auf Einräumung oder auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes vermag seinen persönlichen Karakter dadurch nicht zu ändern, daß zu seinem Schutze eine Eintragung in das Grundbuch vorgenommen wird. Die Eintragung kann nur die Wirkung haben, daß sie ihren Inhalt zur Kenntniß derjenigen bringt, welche auf ein jenem Anspruche vorgreifendes Erwerbsgeschäft sich einlassen[1]). Hieraus würde aber ein Hinderniß der Erwerbung sich nur ergeben, wenn das Gesetz es positiv bestimmte. Durch eine solche Bestimmung indessen würde mit dem sonst von dem Entwurfe befolgten Grundsatze, daß die Kenntniß eines obligatorischen Anspruches keine mala fides erzeugt, gebrochen werden. Auch käme es, wenn die Vormerkung zugelassen würde, entgegen dem § 128 zu einer wirklichen Rückbeziehung, indem das Verhältniß so angesehen werden müßte, als wäre durch die Vormerkung das Recht unter der aufschiebenden Bedingung seiner Liquidestellung endgültig eingetragen. Auf diese Weise würde für ein obligatorisches Recht um deswillen, weil es auf Erwerbung oder auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet wäre, ein Vorzug vor anderen Rechten begründet, hierdurch aber gegen die von der neueren Gesetzgebung erstrebte Gleichstellung der Gläubiger im Konkurse verstoßen werden.

Diesen Bedenken gegenüber wiegen die praktischen Erwägungen, welche für die Vormerkung zum Schutze persönlicher Rechte sprechen sollen, nicht schwer genug, um ein so anomales Institut wie diese Vormerkung zu rechtfertigen. Sie laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß die obligatorischen

---

[1]) Die Eintragungen in das Grundbuch dienen entweder zur Vollendung der Erwerbung oder der Aufhebung eines Rechtes oder zur Veröffentlichung einer erfolgten Rechtsänderung oder einer Verfügungsbeschränkung.

Ansprüche auf Erwerbung und auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes dadurch gefährdet sein sollen, daß sie nur durch Eintragung der Rechtsänderung verwirklicht werden können, die Eintragung aber, wenn sie von dem Verpflichteten nicht bewilligt wird, oft überhaupt nicht zu erlangen ist. Allein in Wahrheit ist die unmittelbare Ursache der Gefährdung nicht das Eintragungsprinzip, sondern der allgemeine Grundsatz, daß obligatorische Rechte nur gegen den Verpflichteten wirken. Das Eintragungsprinzip hat hier gerade so wie das Traditionsprinzip für das Mobilienrecht nur den Einfluß auf den Anspruch des Berechtigten, daß der Verpflichtete, wenn er über das ihm zugeschriebene Recht zu Gunsten eines Dritten verfügt, hierdurch sich außer Stande setzt, den zur Befriedigung des Anspruches erforderlichen dinglichen Vertrag mit dem Gläubiger zu schließen. Im Gebiete des Mobilienrechtes aber hat derjenige, welcher sich nicht vertragsmäßig die Verwirklichung seines Rechtes gesichert hat, nur den Schutz, den die Civilprozeßordnung durch die Zulassung von Arresten und einstweiligen Verfügungen gewährt. Im Gebiete des Immobilienrechtes dagegen würde durch das Institut der Vormerkung ein besonderer Schutz geschaffen werden, aber nicht, weil die Gefahr der Rechtsverletzung größer ist, sondern weil die Grundbucheinrichtung die Möglichkeit für diese Besonderheit bietet. Ein Bedürfniß hierfür aber ist nicht anzuerkennen. Vielmehr ist es auch bezüglich der Rechte an Grundstücken in erster Linie Sache des Gläubigers, sich von vornherein die Verwirklichung seines Rechtes durch Vertrag oder auf sonst geeignetem Wege zu sichern. Fälle, in welchen dies ohne Schuld des Gläubigers nicht geschehen kann, sind überaus selten. In diesen sowie in allen übrigen Fällen aber genügt das Gesetz jeder billigen Anforderung, wenn es die Eintragung eines Veräußerungsverbotes im Wege der einstweiligen Verfügung bezw. die Sicherstellung des Entschädigungsanspruches im Wege des Arrestes gestattet.

Die vorstehenden Erwägungen bedingen die Ablehnung des Vormerkungsinstitutes auch insoweit, als dasselbe zum Schutze des Anspruches auf Hypothekbestellung dient. Zwar hat das Institut in dieser Beschränkung ein weit größeres Geltungsgebiet als die Vormerkung persönlicher Ansprüche anderer Art. Allein hierauf darf ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Denn die Gesetze, welche eine Hypothekenvormerkung anerkennen, sind entweder unter der Voraussetzung erlassen, daß der Hypothekenrichter (die Buchbehörde) beim Vorhandensein unwesentlicher Anstände, welche die endgültige Eintragung hindern, zum Schutze des Berechtigten wenigstens eine vorläufige Eintragung (protestatio pro conservando jure et loco) zu bewirken habe, oder sie haben das Institut aus älteren Gesetzen, welche dasselbe in diesem Sinne hatten, ohne Weiteres übernommen. Nachdem aber die neuere Gesetzgebung die Richtung eingeschlagen hat, daß die Vormerkung nur auf das Ersuchen des Prozeßrichters eingetragen werden darf, hat der gesetzgeberische Gedanke, auf welchem die Zulassung derartiger Protestationen beruhte, seine Berechtigung verloren. Für die Reichsgesetzgebung erscheint es um so rathsamer, nach dem Vorgange des in Mecklenburg und in den freien Städten Hamburg und Lübeck geltenden Rechtes eine Hypothekenvormerkung nicht zuzulassen, je sicherer bei den mancherlei Dunkelheiten und Streitfragen, die an dieses Institut sich

knüpfen, darauf zu rechnen ist, daß durch die Ablehnung desselben das Hypothekenrecht nicht wenig an Klarheit und Deutlichkeit gewinnen werde.

b) Eintragung einer Vormerkung.

§ 845.

I. Vermittelung des Gerichtes.

I. Die Vormerkung, welche der § 844 anerkennt, dient ihrem Wesen nach zum Schutze des Anspruches auf Eintragung oder auf Löschung in Fällen, in welchen der leidende Theil diesen Anspruch bestreitet oder doch seine Verpflichtung zur Befriedigung desselben unerfüllt läßt. Ihre Eintragung würde, wenn das Gesetz sie nicht besonders ordnete, dem formellen Konsensprinzipe unterliegen und also, wenn sie nicht in Güte bewilligt würde, nur auf Grund der rechtskräftigen Verurtheilung des Verpflichteten zur Ertheilung der Bewilligung erfolgen können. Diese Art der Lösung indessen müßte den Zweck der Vormerkung verfehlen, weil regelmäßig der Verpflichtete, welcher die endgültige Eintragung oder Löschung verweigerte, auch zur Bewilligung einer nur vorläufigen Einschreibung sich nicht verstehen würde, mithin bis zur Erwirkung eines gegen ihn vollstreckbaren Urtheiles in der Lage bliebe, durch Verfügungen zu Gunsten eines Dritten den Anspruch des Berechtigten zu Falle zu bringen. Die Landesgesetze machen denn auch die Vormerkung nicht von den Voraussetzungen der endgültigen Einschreibung, sondern nur von dem Vorhandensein einer mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit des Rechtes auf diese Einschreibung abhängig.

Nach der preuß. Hypoth. O. v. 20. Dez. 1783 hatte in der Regel die Buchbehörde darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzung für die Eintragung einer Protestation vorliege, und dasselbe gilt noch jetzt, auch in Ansehung der Verwahrungen und Vormerkungen, in Bayern rechts des Rheines, Sachsen, Württemberg, Weimar, Altenburg und anderen Staaten[1]). Aber schon in der Hypoth. O. 2 § 292 war für den Fall, daß der Hypothekenrichter nicht zugleich der zuständige Realrichter wäre, die Entscheidung dem letzteren übertragen und die Eintragung der Protestation nur auf das Ersuchen desselben zugelassen. Diesen Gedanken entwickelte die preuß. Gesetzgebung weiter, als durch die Gerichtsorganisation des Jahres 1849 die Gerichte erster Instanz in zwei von einander unabhängige Abtheilungen, von welchen die eine die streitige, die andere die freiwillige Gerichtsbarkeit auszuüben hatte, geschieden und der letzteren die Hypothekensachen zugewiesen waren. Das Ges. v. 24. Mai 1853 gestattete die Eintragung einer Protestation, von einigen Ausnahmefällen abgesehen, nur auf Requisition des Prozeßrichters, und nach dem Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 9, 16 u. 60 kann eine Vormerkung

---

[1]) Vergl. für Bayern das Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 106 ff. und den Entw. III Art. 83 u. 85, für Sachsen das G. B. §§ 139, 143, 404 in Verb. mit der Verordn. v. 9. Jan. 1865 §§ 119, 120, 218, für Württemberg das Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 195 ff., für Weimar das Pfandges. v. 6 Mai 1839 §§ 130 ff., für Altenburg das Ges. v. 13. Oktb. 1852 §§ 51 ff., für Meiningen das Ges. v. 15. Juli 1862 Art 28.

zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines dinglichen Rechtes oder auf Löschung eines eingetragenen aber nicht oder nicht mehr bestehenden Rechtes, sofern nicht die Bewilligung des leidenden Theiles vorliegt, nur auf das Ersuchen des Prozeßrichters eingetragen werden. Dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. schließen sich in dieser Hinsicht die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe und Schaumburg-Lippe an. Auch in Hamburg und Lübeck sowie in Mecklenburg und der Regel nach auch in Anhalt hat das Prozeßgericht über das Gesuch um eine vorläufige Einschreibung zu befinden.

Die Eintragung einer Vormerkung gegen ein eingetragenes Recht ist eine Zwangsmaßregel zum Schutze eines gefährdeten Anspruches; sie kann daher vom Standpunkte des Gerichtsverfassungsgesetzes und der C. P. O. nur von dem Gerichte als dem zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten berufenen Organe des Staates angeordnet werden. Hieran würde sich auch dann nichts ändern, wenn davon ausgegangen werden müßte, daß in Zukunft überall in Deutschland die Funktionen des Grundbuchamtes mit den Amtsgerichten verbunden würden. Denn die Führung des Grundbuches und die durch sie bedingte Beurkundung von Rechtsgeschäften gehört der freiwilligen Gerichtsbarkeit an, und die letztere verliert ihren eigenen Karakter dadurch nicht, daß sie mit der streitigen Gerichtsbarkeit von den nämlichen Behörden verwaltet wird[1]). Während nach denjenigen Gesetzen, welche die Eintragung von einem der Buchbehörde nachzuweisenden Rechtstitel abhängig machen, die Thätigkeit dieser Behörde durch die Entscheidung darüber, ob der Titel die Eintragung rechtfertigt, erheblich in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit eingreift, ist den Gesetzen, welche das formelle Konsensprinzip befolgen, ein solcher Eingriff grundsätzlich fremd. Nach dem Verfahren, welches der Entwurf voraussetzt, hat das Grundbuchamt ein bei ihm eingehendes Einschreibungsgesuch nur darauf zu prüfen, ob die in demselben beantragte Eintragung oder Löschung von dem leidenden Theile bewilligt, bezw. ob die fehlende Bewilligung durch einen Akt, welchem das Gesetz formelle Wirkung gegen denselben beilegt, ersetzt ist[2]). Wenn gleichwohl das Gesetz die Entscheidung über Vormerkungsgesuche der Buchbehörde zuwiese, so würde der Rechtsschutz, welchen die Vormerkung bezweckt, allerdings etwas schneller gewährt werden, als wenn das Prozeßgericht angerufen werden muß. Allein dieser Vortheil wiegt gegenüber dem mit ihm verknüpften Bruche in das Konsensprinzip um so leichter, je weniger es zweifelhaft ist, daß eine zweckmäßige Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens die durch dasselbe bedingte Verzögerung auf das geringste Maß beschränken wird.

II. Verfahren.

II. Das Gericht kann nach dem bestehenden Prozeßrechte nur im Wege der einstweiligen Verfügung einschreiten. Für das Verfahren, welchem die Vormerkungsgesuche unterliegen, sind mithin die Vorschriften der C. P. O. §§ 814 bis 822 maßgebend, soweit nicht der Zweck der Vormerkung zu einer abweichenden Behandlung dieser Gesuche nöthigt[3]).

---

[1]) Einf. Ges. zum Gerichtsverf. Ges. § 4.
[2]) Vergl. Oben S. 184 ff.
[3]) Vergl. das Einf. Ges. zur C. P. O. § 16 Nr. 4.

1. Einstweilige Verfügung.

1. Die einstweilige Verfügung, durch welche die Eintragung einer Vormerkung anzuordnen ist, setzt nach § 800 Abs. 2 in Verbindung mit § 815 a. a. O. voraus, daß die Thatsachen, welche den Widerspruch rechtfertigen, dem Gerichte glaubhaft gemacht sind. Dies entspricht dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 70 und den demselben nachgebildeten Gesetzen[1]). Das preuß. R. wurde indessen unter dem Einflusse der C. P. O. mit Rücksicht auf das Ausf. Ges. v. 24. März 1879 § 18 so ausgelegt, daß das Vormerkungsgesuch ganz wie ein Arrestgesuch auch in Ansehung der Gefährdung des zu sichernden Rechtes zu begründen sei. Das Reichsgericht hat freilich diese Auslegung als eine rechtsirrthümliche anerkannt[2]), und die §§ 837 und 843 des Entwurfes ergeben, daß ein aus dem Grundbuche nicht ersichtliches Recht auf Eintragung oder auf Löschung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches stets der Gefahr des Verlustes ausgesetzt ist. Allein um einer mißverständlichen Auffassung für die Zukunft vorzubeugen, empfiehlt es sich hier, ausdrücklich hervorzuheben, daß das Gericht die Eintragung der Vormerkung anzuordnen hat, auch wenn die Gefährdung des Rechtes nicht besonders glaubhaft gemacht ist.

2. Eintragungsersuchen.

2. Das Verfahren der C. P. O. ist für die Zwecke der Vormerkung insofern zu umständlich, als es die Ausführung einer einstweiligen Verfügung dem Selbstbetriebe der Partei überläßt. Es kommt darauf an, die Eintragung der Vormerkung möglichst schnell und ohne Verzug herbeizuführen. Dieses Ziel aber läßt sich nur erreichen, wenn das Gericht, nachdem es dem Vormerkungsgesuche stattzugeben beschlossen hat, sofort die Buchbehörde um die Eintragung ersucht.

3. Löschung der Vormerkung.

3. In dem geltenden Rechte finden sich besondere Bestimmungen darüber, wie eine eingetragene Vormerkung von dem leidenden Theile zur Löschung gebracht werden kann[3]). Der Entwurf schweigt über diesen Punkt, weil er davon ausgeht, daß bezüglich der Löschung eine Gefahr im Verzuge nicht obwaltet und deshalb die allgemeinen Vorschriften genügen.

III. Eintragung auf Eintragungsbewilligung.

III. Wenn der leidende Theil damit einverstanden ist, daß die Vormerkung eingetragen werde, so fehlt es an einer gegründeten Veranlassung zur Verweisung des anderen Theiles an das Gericht. Der § 845 gestattet deshalb im Einklange mit dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 8, 16 und den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc. die Eintragung einer Vormerkung auch auf Grund der Bewilligung desjenigen, gegen dessen eingetragenes Recht der Widerspruch sich richtet. Daß hierbei ein Vertrag zwischen den beiden Betheiligten vorausgesetzt wird, ist nach § 828 nicht zweifelhaft.

---

[1]) Oldenburg § 68, Coburg-Gotha § 70, Braunschweig § 73, Sondershausen ꝛc. Andere Gesetze fordern Bescheinigung des vorzumerkenden Rechtes; so namentlich das bayr. Hypoth. Ges. § 30, das sächs. G. B. § 404, das württemb. Pfandges. Art. 79, 170, 195.

[2]) Urth. des Reichsger. V. Civils. v. 29. März 1884, preuß. J. M. Bl. S. 136.

[3]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 8, 16 und Ausf. Ges. zur C. P. O. § 19; bayr. Hypoth. Ges. § 113; württemb. Pfandges. Art. 195—197; sächs. Verordn. v. 9. Jan. 1865 §§ 216, 217.

10. Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung und im Wege der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung.

§ 846.

Bisheriges Recht.

Die C. P. O. hat die Entscheidung darüber, ob und wie im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung Eintragungen in das Grundbuch erwirkt werden können, den Landesgesetzen überlassen[1]). Die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung erledigt sich indessen grundsätzlich durch die reichsgesetzliche Gestaltung des Immobilienrechtes. Der Entwurf enthält denn auch verschiedene Vorschriften, welche die Eintragung auf jenem Wege in Aussicht nehmen[2]). Die eigentliche Grundlage einer solchen Eintragung bildet überall das Urtheil oder der die Eintragung anordnende bezw. das Recht auf dieselbe begründende Beschluß des Gerichtes. Fraglich kann nur sein, wie das Recht auszuüben ist, ob der Berechtigte sich unmittelbar an das Grundbuchamt wenden und die Eintragung auf Grund einer Ausfertigung des gerichtlichen Aktes zu verlangen befugt sein oder ob die Eintragung von einem Ersuchen des Gerichtes abhängig gemacht werden soll. Nach den Landesgesetzen, welche die Eintragungen auf der Grundlage des Rechtstitels ordnen, ergiebt sich hieraus die Regel, daß auch der in einem Urtheil ꝛc. beruhende Titel der Buchbehörde nachzuweisen und also ohne Vermittelung des Gerichtes zu verfahren ist; doch ist diese Regel nicht ausnahmslos durchgeführt. Auch die Gesetze, welche das formelle Konsensprinzip befolgen, beantworten die gestellte Frage verschieden.

Am meisten Uebereinstimmung besteht in der Behandlung derjenigen Fälle, in welchen ein gerichtliches Urtheil auf Eintragungsbewilligung vorliegt. Für diese Fälle scheinen nur die mecklenb. Grundb. und Hypoth. Ges. eine Requisition des Gerichtes an die Buchbehörde zu fordern[3]). Sie gehen erkennbar von der Auffassung aus, daß nach dem Konsensprinzipe die zu einer Eintragung nöthige Bewilligung des leidenden Theiles in der Form des Antrages erklärt sein müsse, der Antrag aber nicht durch ein Urtheil, sondern nur dadurch ersetzt werden könne, daß das Gericht die Eintragung bei der Buchbehörde nachsucht. Dem Entwurfe ist eine solche Auffassung fremd[4]). Das gerichtliche Urtheil vertritt die Stelle der Bewilligung der verurtheilten Partei für diejenigen Eintragungen, welche die andere Partei nach § 833 verlangen kann. Ein praktisches Bedürfniß aber, welches dazu nöthigte, die letztere mit diesem Verlangen an das Gericht anstatt unmittelbar an das Grundbuchamt zu verweisen und damit das Prinzip der C. P. O. zu durchbrechen, daß die Parteien selbst die Vollziehung der Entscheidungen des Gerichtes zu betreiben haben, ist nicht anzuerkennen.

---

[1]) C. P. O. §§ 731, 757, 811, 815.

[2]) § 833 Abs. 3, § 837 Abs. 1, § 957 Abs. 4, §§ 1088, 1113—1115, 1130, 1132, 1133, 1208.

[3]) Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 11 Nr. 1, § 25 Nr. 4, § 34; Stadtb. O. v. 21. Dez. 1857 § 8 Nr. 6, § 12 Nr. 1, § 36 Nr. 4, § 39. Vergl. hierzu v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. S. 71, 80, 93, 122.

[4]) Siehe oben S. 174.

Standpunkt des Entw.

Mit den übrigen Fällen, welche hier in Frage kommen, verhält es sich wesentlich ebenso. Zu berücksichtigen sind:

1. Eintragungen, mit Ausschl. der Lösch.

I. Die Eintragungen mit Ausschluß der Löschungen, insbesondere

1. im Wege der Zwangsvollstr.

1. diejenigen, welche im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, namentlich

a) Zwangshypothek.

a) die Eintragung einer sogenannten Judikatshypothek. Nach § 1130 des Entw. kann „der Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen, daß für die Forderung eine Sicherungshypothek an den Grundstücken des Schuldners in das Grundbuch eingetragen werde (Zwangshypothek)". In Preußen, wo unter der Herrschaft des Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 19 eine solche Hypothek nur durch Vermittelung des Prozeßrichters erlangt werden konnte[1]), erfolgt nach den Gesetzen, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 § 22 und vom 13. Juli 1883 § 12 die Eintragung auf den unmittelbar an die Buchbehörde zu richtenden Antrag des Gläubigers[2]). Dasselbe gilt in Bayern nach dem Gesetze, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstr. ꝛc. betr., v. 29. Mai 1886 Art. 40 und in Coburg-Gotha nach dem Vollstreckungsgesetze v. 7. April 1879 § 2, während in dem oldenb. Gesetze v. 2. April 1879 Art. 10 ff. die Eintragung nur auf das Ersuchen des Vollstreckungsgerichtes zugelassen wird[3]). Der Entw. verweist den Berechtigten mit dem Eintragungsgesuche an das Grundbuchamt, weil dies einerseits dem Standpunkte der C. P. O. entsprechender ist und zur Kostenersparniß dient, andererseits der Gefahr der Verzögerung vorbeugt, welche mit der Vermittelung des Gerichtes verbunden ist. Die Buchbehörde hat in Folge dessen allerdings auf Vorlegung eines Titels zu verfahren, der nicht auf Eintragung, sondern auf Zahlung lautet. Allein hieraus kann ein erheblicher Einwand gegen den Entw. nicht entnommen werden, da das Gesetz an die Zahlungspflicht des Schuldners das Recht des Gläubigers auf Eintragung knüpft, wenn der Titel vollstreckbar ist, die Vollstreckbarkeit aber auf so einfachen Voraussetzungen beruht, daß die Frage, ob sie als vorhanden anzunehmen ist, unbedenklich der Entscheidung des Grundbuchamtes überlassen werden kann. Bedenklich ist der Selbstbetrieb nur unter der Voraussetzung, daß die Grundbuchämter mit Beamten besetzt sind, deren Vorbildung keine Bürgschaft dafür giebt, daß sie die vollstreckbaren Schuldtitel stets richtig zu würdigen verstehen. Diese Voraussetzung aber wird voraussichtlich nur in einigen Gebieten des Reiches zutreffen. Dem praktischen Bedürfnisse genügt daher die Bestimmung, daß

---

[1]) Verordn. v. 4. März 1834 § 22.

[2]) Die Vorschrift des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 19 Ziff. 3, daß die Eintragung einer Hypothek erfolgt, wenn eine zuständige Behörde sie gegen den eingetragenen Eigenthümer nachsucht, ist in die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. übergegangen. Die Zwangshypothek ist den Gesetzen Mecklenburgs, Braunschweigs ꝛc. unbekannt.

[3]) Siehe auch die Gesetze für Weimar v. 6. Mai 1839 § 48 und v. 12. Mai 1879 § 9, für Meiningen v. 2. Mai 1865 § 2.

diejenigen Landesgesetze unberührt bleiben, welche die Eintragung nur auf das Ersuchen des Vollstreckungsgerichtes zulassen[1]).

b) Eintragung der Pfändung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstücke, bezw. einer Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist. Die Pfändung muß, sofern ihr Gegenstand nicht eine durch Briefhypothek gesicherte Forderung oder eine Grundschuld ist, in das Grundbuch eingetragen werden, damit das Pfandrecht, welches durch sie nach der C. P. O. § 709 für den Gläubiger begründet werden soll, zur Entstehung gelange[2]). Der Gläubiger kann, wenn eine durch Briefhypothek gesicherte Forderung oder eine Grundschuld für ihn gepfändet worden ist, auch das hierdurch von ihm erworbene Pfandrecht eintragen lassen[3]). Die Eintragung wird in Bayern (rechts des Rheines), Sachsen, Oldenburg, Weimar, Altenburg und Reuß ä. L. durch das Gericht vermittelt[4]), dagegen in Preußen, Coburg-Gotha, Anhalt, Braunschweig und anderen Staaten auf den bei der Buchbehörde zu stellenden Antrag des Gläubigers bewirkt[5]). Für den Entwurf besteht keine Veranlassung, die Vermittelung des Gerichtes vorzuschreiben. b) Pfändung.

c) Eintragung der Ueberweisung an Zahlungsstatt. Dieser Fall ist im Einklange mit den meisten Landesgesetzen, welche ihn regeln[6]), und im Hinblicke auf die Vorschriften des Entwurfes §§ 1088, 1108, 1115, 1136 bei dem Grundbuche ebenso zu behandeln, wie der Pfändungsfall. c) Ueberweisung;

2. Eintragungen im Wege des Arrestes. Als Gegenstand eines Arrestes kommen sowohl die Grundstücke des Schuldners, als auch die begrenzten Rechte in Betracht, welche demselben an einem Grundstücke zustehen. 2. im Wege der Vollziehung des Arrestes

a) Soll der Arrest in ein Grundstück vollzogen werden, so erfolgt die Eintragung in Preußen, Bayern, Württemberg, Hessen, Anhalt, Braunschweig, Reuß j. L., Lippe und Hamburg auf den an die Buchbehörde zu richtenden Antrag des Gläubigers[7]), in Mecklenburg, Altenburg und Coburg-Gotha auf das a) in ein Grundstück.

---

[1]) Diese Bestimmung ist bezüglich aller Eintragungen, auf welche der § 846 sich bezieht, in der ihm beigefügten Note dem Einführungsgesetze vorbehalten.

[2]) Das Einf. Ges. wird die erforderliche Regelung enthalten. Vergl. die Zusammenstellung der das Einf. Ges. betreffenden Vorschläge (zur C. P. O. §§ 731, 754).

[3]) §§ 1112, 1113, 1115, 1136, 1208.

[4]) Ausf. Ges. zur C. P. O. für Bayern v. 23. Febr. 1879 Art. 125, Sachsen v. 1. März 1879 § 4, Oldenburg v. 10. April 1879 Art. 50, Weimar v. 10. Mai 1879 § 7, Altenburg v. 25. März 1879 § 10, Reuß ä. L. v. 3. Mai 1879 § 25.

[5]) Ausf. Ges. zur C. P. O. für Preußen v. 24. März 1879 § 16, Anhalt v. 10. Mai 1879 § 11, Braunschweig v. 1. April 1879 § 2, Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 10, Meiningen v. 6. Juni 1879 § 8, Reuß j. L. v. 22. Febr. 1879 § 10, Rudolstadt v. 1. Mai 1879 § 9, Sondershausen v. 17. Mai 1879 § 6, Lippe v. 26. Juni 1879 § 9, Schaumburg-Lippe v. 30. Juni 1879 § 58.

[6]) Vergl. die in der vorigen Anm. in Bezug genommenen Gesetzesstellen. In den Gesetzen für Sachsen § 5, Altenburg § 11 und Reuß ä. L. § 28 wird die Eintragung auf Antrag vorgeschrieben, jedoch nicht gesagt, wer denselben zu stellen hat.

[7]) Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 13. Juli 1883 §§ 10, 12; Ges. zur Ausf. der C. P. O. für Bayern Art. 27, Württemberg Art. 27 Abs. 2, Hessen Art. 6 Abs. 3, Anhalt § 23 Abs. 2, Braunschweig § 4, Lippe § 14, Hamburg § 19.

Ersuchen des Gerichtes[1]), in Weimar und Reuß ä. L. je nach Verschiedenheit der Fälle auf diese oder auf jene Voraussetzung[2]). Für den Entwurf ergiebt sich die Entscheidung zu Gunsten des Selbstbetriebes daraus, daß der Arrest in die Grundstücke des Schuldners nach § 1132 durch Eintragung einer Sicherungshypothek für den Gläubiger vollzogen wird, diese Arresthypothek aber mit der Zwangshypothek des § 1130 so nahe verwandt ist, daß füglich die formellen Voraussetzungen der Eintragung für sie nicht anders bestimmt werden können als für die Zwangshypothek.

b) in ein eingetragenes Recht;

b) Die Vollziehung des Arrestes in eingetragene (begrenzte) Rechte bezw. in eine durch Hypothek gesicherte Forderung wird ebenso wie die Zwangsvollstreckung in derartige Rechte durch Pfändung bewirkt[3]). Das Pfändungspfandrecht aber ist im Wege der Zwangsvollstreckung auf den unmittelbar an das Grundbuchamt zu richtenden Antrag des Gläubigers einzutragen, seine Eintragung daher auch im Falle des Arrestes ohne Vermittelung des Gerichtes zu bewirken.

3. im Wege der einstweil. Verfügung.

3. Eintragungen im Wege der einstweiligen Verfügung. Die Landesgesetze enthalten meist keine allgemeine Bestimmung darüber, ob die Buchbehörde eine solche Eintragung auf den Antrag der Partei oder auf das Ersuchen des Gerichtes vorzunehmen hat. Für Preußen, Mecklenburg, Altenburg, Oldenburg, Coburg-Gotha bildet die gerichtliche Vermittelung die Regel[4]), während die Gesetze anderer Staaten, z. B. Bayern, Württemberg, Hessen davon ausgehen, daß die Partei selbst die Eintragung bei der Buchbehörde zu betreiben habe[5]). Im Sinne der meisten Gesetze scheint die Auffassung zu liegen, daß die Ausführung einer einstweiligen Verfügung, auch wenn sie eine Eintragung in das Grundbuch erfordert, auf demselben Wege wie die Vollziehung eines Arrestbefehles in Grundstücke bezw. in eingetragene Rechte zu erwirken ist. Der Entwurf schließt sich dieser Auffassung an, weil dieselbe dem Standpunkte der C. P. O. § 815 entspricht. Der Selbstbetrieb der Parteien ist hier an sich um so weniger bedenklich, als die einstweilige Verfügung stets ausdrücklich angeben wird, was in das Grundbuch eingetragen werden soll. Der § 846 stellt ohnehin nur eine Regel auf, von welcher Ausnahmen für besonders geartete Fälle bestimmt werden können[6]).

---

[1]) Ausf. Ges. zur C. P. O. für Mecklenburg § 13, Altenburg § 23, Coburg-Gotha § 12.

[2]) Weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 §§ 242, 246 und Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc. v. 12. Mai 1879 § 9; reuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 3. Mai 1879 § 58; wegen des sächs. R. siehe Siegmann, Hypoth. O. S. 39 ff.

[3]) C. P. O. § 810 Abs. 1.

[4]) Siehe für Preußen Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 9, 16, 22, 49, 53, 58, 59, 60, 70, Ges. zur Ausf. der C. P. O. v. 24. März 1879 §§ 16—19, Ges. betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 13. Juli 1883 §§ 12 u. 18, für Altenburg Ges., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 25. März 1879 § 23, für Mecklenburg Verordn. zur Ausf. der C. P. O. v. 21. Mai 1879 §§ 13—20, für Oldenburg und Coburg-Gotha die Gesetze über den Eigenthumserw. ꝛc.

[5]) Anm. 7 auf S. 247.

[6]) Eine Ausnahme enthält bereits der § 845 Abs. 2 Satz 3.

II. Die Löschung der unter I behandelten Eintragungen. Es besteht kein Zweifel, daß die Löschung verlangt werden kann, wenn II. Löschungen.

1. die Zwangsvollstreckung oder die Vollziehung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der C. P. O. mit der Wirkung einzustellen ist, daß zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind, oder

2. der Arrest oder die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben worden ist[1]). Bei Anwendung des Konsensprinzipes aber würde das Grundbuchamt nur löschen dürfen, wenn die Partei, für welche die Eintragung erfolgt ist, bezw. ihr Rechtsnachfolger die Löschung bewilligt hätte oder zur Ertheilung der Bewilligung rechtskräftig verurtheilt wäre. Dies würde jedoch ein weder der C. P. O. noch der Billigkeit gegen die andere Partei oder deren Rechtsnachfolger entsprechendes Ergebniß sein. Vielmehr muß zur Vermeidung einer ungleichen Behandlung der Parteien die Löschung in den gedachten Fällen auf Grund derjenigen Entscheidung gefordert werden können, durch welche der Eintragung die Grundlage entzogen ist. Es erhebt sich deshalb auch hier die Frage, ob der durch die Eintragung beeinträchtigte Theil mit dem Löschungsantrage direkt an das Grundbuchamt gewiesen werden oder die Vermittelung des Gerichtes in Anspruch nehmen soll.

In Preußen, wo nach den Grundb. Gesetzen v. 5. Mai 1872 die unter Vermittelung des Prozeßgerichtes eingetragenen Vormerkungen und Verfügungsbeschränkungen beim Mangel einer Löschungsbewilligung nur auf das Ersuchen derselben Behörde gelöscht werden durften[2]), hat die Gesetzgebung diesen Standpunkt im Wesentlichen aufgegeben. Nach dem Gesetze, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 § 11 wird die Einwilligung des Gläubigers zur Löschung einer im Wege der Zwangsvollstreckung bezw. des Arrestes eingetragenen Hypothek oder Vormerkung „durch eine Urkunde ersetzt, auf Grund deren nach den Vorschriften der C. P. O. die Zwangsvollstreckung mit der Wirkung einzustellen ist, daß die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden", und nach dem Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 24. März 1879 § 19 werden die durch einstweilige Verfügung angeordneten Eintragungen gelöscht, wenn dem Grundbuchamte eine die Verfügung aufhebende Entscheidung des Gerichtes in vollstreckbarer Ausfertigung vorgelegt wird; die Löschung erfolgt nach beiden Gesetzen auf den Antrag des Eigenthümers, ohne daß eine gerichtliche Vermittelung eintritt. Die Bestimmung des preuß. Ausf. Ges. ist in die Gesetze einer Reihe von Staaten, meist unter Ausdehnung auf die Löschung von Arresten, übergegangen[3]).

[1]) Vergl. die C. P. O. §§ 691, 692, 803 ff., 815.

[2]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 8, 16, 58, 59 und Grundb. O. §§ 92—94, 100, 117. Siehe auch die gleichnamigen Ges. für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc.

[3]) Ausf. Ges. zur C. P. O. (für Anhalt § 14, Braunschweig § 5, Meiningen § 10, Reuß ä. L. § 53, 58, 59, j. L. § 11, Rudolstadt § 10, Lippe § 10, Waldeck Art. 1. Denselben Standpunkt vertritt das bayr. Ges. v. 29. Mai 1886 Art. 44. Siehe auch die Ausf. Ges. zur C. P. O. für Hessen Art. 6 und Hamburg § 19. Abweichend Altenburg § 23 Abs. 2.

Ein Ersuchen des Gerichtes ist hier ebenso entbehrlich wie bei der Eintragung. Die Löschung kann gleich wie diese auf den Antrag der Partei bewirkt werden, wenn die vollstreckbare Entscheidung vorliegt, durch welche sie gerechtfertigt wird. Daß die Entscheidung sowie überhaupt die Urkunden, welche zur Begründung des Antrages dienen, in beglaubigter Form von dem Antragsteller vorzulegen sind, wird die Grundbuchordnung ergeben. Die etwaigen Bedenken gegen die Erweiterung der dem Grundbuchamte obliegenden Sachprüfungen erledigen sich dadurch, daß die Landesgesetze das Ersuchen des Gerichtes vorschreiben können.

11. Verjährung.

§ 847.

Verjährung von Ansprüchen aus eingetragenen oder vorgemerkten Rechten.

Der § 154 des Entwurfes bestimmt, daß die Ansprüche der Verjährung unterliegen, giebt jedoch durch seine Fassung zu erkennen, daß diese Regel keine ausnahmslose ist. Zu einer erheblichen Ausnahme nöthigt die Grundbucheinrichtung. Ihr Prinzip ist: die Ansprüche aus eingetragenen und vorgemerkten Rechten sind unverjährbar. Dieses Prinzip wird in dem § 847 ausgesprochen. Zur Begründung desselben ist Folgendes zu bemerken.

1. Geltendes Recht.

I. Das geltende Recht läßt sich, soweit es überhaupt den Einfluß der Bucheinrichtung auf die Verjährung regelt[1]), in zwei Hauptgruppen scheiden.

1. Die eine Gruppe umfaßt diejenigen Gesetze, welche die Verjährung zwar zulassen, aber die Wirksamkeit derselben in den Fällen, in welchen der öffentliche Glaube des Buches sich bethätigt, versagen. Hierher gehören: das österr. G. B. §§ 1478 und 1500, die wichtigsten Immobiliengesetze Mecklenburgs[2]), nämlich die revid. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 und die revid. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857, ferner mit Beschränkung auf die Hypothek[3]) das meining. Ges., betr. die Anlegung von Grund- und Hypothekenb., v. 15. Juli 1862 Art. 9 Abs. 2.

2. Die andere Gruppe bilden diejenigen Gesetze, nach welchen die Verjährung durch die Eintragung ausgeschlossen wird.

a) Nach dem preuß. A. L. R. I, 9 § 511 können Rechte auf unbewegliche Sachen, die im Hypothekenbuche eingetragen sind, durch den bloßen Nichtgebrauch nicht erlöschen[4]). Denselben Grundsatz sprechen in Bezug auf eingetragene dingliche

---

[1]) In einer Reihe von Gesetzen ist der Einfluß der Bucheinrichtung auf die Verjährung nicht oder doch nicht vollständig geordnet; so namentlich in dem Code civil (vergl. Art. 2180) und den Gesetzen für Baden, Hessen, Nassau, Frankfurt a. M.

[2]) v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. S. 179.

[3]) Siehe auch das nass. Stockbuchges. v. 15. Mai 1851 § 37.

[4]) Anwendungen des Grundsatzes finden sich in dem A. L. R. I, 18 §§ 301, 657—659, 812, I, 20 §§ 534, 535, 648, I, 22 § 49, II, 4 § 123. Die Anwendung auf das Eigenthum wurde in der Praxis verneint (Erk. des vormal. Obertrib. v. 13. Oktober 1856, Entsch. 34 S. 128, v. 4. Februar 1857, Strieth. Arch. 24 S. 71, v. 20. Februar 1873, Entsch. 69 S. 90). Gegen diese Praxis richtet sich das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 7.

Rechte die Gesetze aus, durch welche die Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872 auf gemeinrechtliche Gebiete Preußens übertragen sind[1]), ferner die Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. für Oldenburg § 14 und Braunschweig § 23, die Hypoth. O. für die Grundstücke der ritterschaftlichen Hintersassen in Mecklenburg-Strelitz v. 3. Februar 1855 § 10 und für das Fürstenthum Ratzeburg v. 21. August 1859 § 12, das anhalt. Grundb. Ges. § 8.

b) Für Altenburg verordnet das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 13. Oktober 1852 § 26: „Gegen ein im Grund- und Hypothenbuche eingetragenes Recht an einem Grundstücke kann, so lange es darin nicht gelöscht ist, eine Verjährung weder angefangen noch vollendet werden". Ebenso die gleichnamigen Gesetze für Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 und ä. L. v. 27. Februar 1873, ferner, wenn auch anders gefaßt, die revid. Hypoth. O. für den Privatgrundbesitz in den Domänen von Mecklenburg-Strelitz v. 24. Dez. 1872 § 22, das hamburg. Ges. über Grundeigenthum und Hypotheken v. 4. Dez. 1868 § 5, sowie zu Gunsten des eingetragenen Eigenthümers die Gesetze für Meiningen Art. 2 Abs. 3 und Anhalt § 8 Abs. 1.

c) Nach dem sächs. G. B. § 151 sind „Klagen auf im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Rechte" der Regel nach unverjährbar. Auch das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 7 versagt gegen die Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers die Einrede der Verjährung. Ebenso die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg § 6, Coburg-Gotha § 7, Braunschweig § 8, Sondershausen ꝛc.

d) Das bayr. Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 bestimmt unter § 31: „Jeder Eintrag in das Hypothekenbuch unterbricht die Verjährung zum Vortheil desjenigen, für dessen Rechte die Eintragung, Protestation oder Vormerkung geschehen ist. Wird ein solcher Eintrag nachher, entweder mit Einwilligung der Betheiligten oder kraft eines richterlichen Urtheils, wieder gelöscht, so ist die Verjährung für ununterbrochen zu halten". Aehnliche Bestimmungen finden sich in dem württemb. Ges., die vollständige Entwickelung des neuen Pfandsystems betr., v. 21. Mai 1828 Art. 20 und in dem weimar. Ges. über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 6. Mai 1839 § 159.

Die Punkte, in welchen die unter a)—c) hervorgehobenen Vorschriften von einander abweichen, betreffen hauptsächlich nur die Fassung. Insonderheit darf nicht angenommen werden, daß nach ihnen die Ansprüche, welche der Entwurf als den eigentlichen Gegenstand der Verjährung ansieht, durch die Ausschließung der Rechts- und Klageverjährung nicht betroffen würden. Der Standpunkt, welchen die Gesetze unter d) nach den angeführten Bestimmungen einnehmen, ist für den Entwurf nicht annehmbar; er hängt mit dem Pfandbuchsysteme, auf dem dieselben beruhen, zusammen und scheint auch im Uebrigen bedenklich, weil die Interpellation, welche sie in der Eintragung sehen, nach den §§ 169 ff. kein geeignetes Mittel zur Unterbrechung der Verjährung ist.

---

[1]) Gesetze über das Grundbuchwesen in Neuvorpommern und Rügen § 7, Schleswig-Holstein § 30, Hannover § 9, Kassel § 7, Ehrenbreitstein § 6, Hohenzollern § 4. Diese Gesetze datiren sämmtlich aus dem Mai 1873.

II. Standpunkt des Entw.

II. Für den Entwurf lassen sich auch, abgesehen von dem geltenden Rechte, erhebliche Gründe anführen.

1. Gründe für die Ausschließung der Verjährung.

1. Die Bucheinrichtung bezweckt ebenso wie die Verjährung den Schutz und die Sicherheit des gegebenen Rechtszustandes. Nur die Mittel, deren sich beide Institute bedienen, sind verschieden. Die Verjährung legt den von ihr betroffenen Rechten Schweigen auf, weil der Fortbestand derselben durch die Länge der Zeit mehr als zweifelhaft geworden ist; die Bucheinrichtung sichert den eingetragenen Rechten durch die Eintragung zweifellosen Bestand. Beide schließen somit in der Anwendung auf dasselbe Rechtsverhältniß einander aus. Die Frage ist deshalb die, wie dieser Widerstreit zu lösen, ob für die eingetragenen Rechte, der Verjährung gegenüber, die vollen Konsequenzen aus der Bucheinrichtung zu ziehen sind, oder ob die Verjährung unter Abschwächung dieser Konsequenzen zuzulassen ist. Die Entscheidung aber kann nur im Sinne der ersteren Alternative ausfallen.

Verjährung und Bucheinrichtung dürfen vermöge ihrer rein positiven Natur nur soweit sich bethätigen, als die Zweckmäßigkeit es erheischt. Die Bucheinrichtung ist nothwendig, um den Rechtsstand der Grundstücke sicherzustellen; hiermit die Begrenzung des Gebietes ihrer Anwendung gegeben. Die Verjährung dagegen hat von vornherein kein festbegrenztes Gebiet; sie ist an sich nicht ein allgemeines Mittel zur Aufhebung von Rechten, so daß ihre Unanwendbarkeit auf gewisse Rechte besonders gerechtfertigt werden müßte. Vielmehr bedarf ihre Zulassung durch das Gesetz für jede Klasse von Rechten der besonderen Rechtfertigung. Wenn dies aber richtig ist, so können die eingetragenen Rechte der Verjährung nicht unterworfen werden, weil dieselbe für sie nicht allein entbehrlich ist, sondern in das Buchsystem einen Riß machen würde, welcher das ganze System gefährden könnte.

Ein weiterer Grund für die Ausschließung ergiebt sich aus dem eingenen Wesen des Institutes. Die Verjährung ist die Folge der Nichtausübung des Rechtes. Von demjenigen aber, dessen Recht aus dem Grundbuche ersichtlich ist, kann man nicht sagen, daß er sein Recht nicht ausübe. Das eingetragene Recht lebt, so lange es in dem Buche steht; die Thatsache seines Eingetragenseins enthält einen fortgesetzten Widerspruch des Berechtigten gegen Zustände und Handlungen, welche die Ausübung des Rechtes hindern oder erschweren.

Hinzutritt, daß, wenn das Gesetz die Verjährung zuließe, doch der öffentliche Glaube des Grundbuches nicht gestatten würde, dieselbe auch einem Dritten entgegenzusetzen, welcher im Vertrauen auf den Inhalt des Buches entweder das eingetragene Recht oder auf der Grundlage desselben ein neues Recht erworben hätte. Damit hätte man eine Verjährung, welche nur relativ wirkte, ohne daß ihr während ihres Laufes absolute Wirkung verschafft werden könnte. Eine solche Gestaltung des Institutes aber ist, weil sie dem Zwecke desselben nur höchst unvollkommen entsprechen würde, nicht rathsam.

2. Die in Betracht kommenden Ansprüche:

2. Die vorstehenden Ausführungen sind vielleicht dem Einwande ausgesetzt, das eine Rechtsverjährung, gegen deren Zulassung bei eingetragenen Rechten sie sich wenden, gar nicht in Frage ist, da die Verjährung des Entwurfes nach § 182 Abs. 1 nur den Anspruch trifft, das Recht mithin, aus welchem der Anspruch hervorgeht, im Uebrigen bestehen läßt. Allein dieser

Einwand ist nur in beschränkter Weise zutreffend und insoweit von dem Entwurfe auch berücksichtigt. Die Ansprüche, welche aus eingetragenen Rechten entspringen, zerfallen in zwei Klassen.

a) Die eine Klasse umfaßt diejenigen Ansprüche, deren Versagung die Ausübung des Rechtes durch den Berechtigten ausschließen oder beschränken würde. Es gehören hierher namentlich die rei vindicatio und die confessoria in rem actio. Ein Eigenthum, dessen Gegenstand in der Hand eines Dritten sich befindet, ohne von dem Eigenthümer vindizirt werden zu können, ist ein Recht, welchem der wesentlichste Inhalt des Eigenthumes fehlt, steht also praktisch dem Nichteigenthume gleich. Ein Hauptzweck der Grundbucheinrichtung ist aber gerade der, das Eigenthum in voller Kraft zu erhalten. Wenn daher zur Erreichung dieses Zweckes das Recht selbst durch die Eintragung der Verjährung entzogen sein muß, so können auch die Ansprüche, welche das Recht erzeugt, der Verjährung nicht unterworfen werden. Aehnlich wie mit dem Eigenthume verhält es sich mit den übrigen Rechten, welche nach Inhalt des Grundbuches an den Grundstücken bestehen. a) die der Verjährung zu entziehenden Ansprüche;

b) Die andere Klasse begreift diejenigen Ansprüche, von deren Befriedigung die fernere Ausübung des Rechtes nicht abhängt, namentlich die Ansprüche auf Ersatz von Früchten, überhaupt auf Schadensersatz, und die Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen. Das Grundbuch giebt über die Rechte insoweit, als sich dieselben in diesen Ansprüchen bethätigen, keine Auskunft. Es machen sich daher in Ansehung der letzteren die allgemeinen Gründe geltend, aus welchen der Entwurf dazu gelangt ist, die Verjährbarkeit der Ansprüche in dem § 154 als Regel hinzustellen. b) die der Verjährung zu unterwerfenden Ansprüche.

Die Landesgesetze heben freilich die Ansprüche auf Schadensersatz, soviel ersichtlich, nicht besonders hervor. Allein hieraus folgt nicht, daß dieselben unverjährbar sein sollen. Vielmehr erklärt sich das Schweigen der Gesetze daraus, daß bei deren Abfassung diese Ansprüche als obligatorische aufgefaßt, bezw. nicht als gegen den Inhalt des Grundbuches gerichtet angesehen worden sind.

Die Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen sind in dem größten Theile des Reiches einer kurzen Verjährung unterworfen. Die Frist schwankt zwischen 3, 4, 5 und 10 Jahren[1]). Nach dem Entwurfe § 157 verjähren die Ansprüche auf Rückstände von rechtsgeschäftlichen Zinsen, von Renten ꝛc. mit Ablauf von vier Jahren. Hierbei muß es auch für das Grundbuchrecht bewenden[2]).

---

[1]) Vergl. für Preußen Ges. wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen v. 31. März 1838 § 2 Nr. 5 und v. 6. Juli 1845 § 2 Nr. 5, Ges. über das Grundbuchwesen in dem Jadegebiete § 7, Neuvorpommern und Rügen § 7, Schleswig-Holstein § 30, Hannover ꝛc.; für Bayern Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 § 31 und Verjährungsges. v. 26. März 1859; für Sachsen das G. B. §§ 151, 462, 511; für Württemberg Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 73; für Weimar Ges. vom 26. Mai 1839 § 1; für Meiningen Ges. v. 15. April 1853; für Altenburg Ges. v. 13. Okt. 1852 § 26; für Hamburg Ges. v. 4. Dez. 1868 § 5.

[2]) Vergl. hierzu oben S. 151—153.

Der § 847 beschränkt sich demnach in seinem zweiten Satze darauf, den die Unverjährbarkeit der Ansprüche aus eingetragenen Rechten aussprechenden ersten Satz von der Anwendung bei Ansprüchen auf Schadensersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen auszuschließen.

3. Schutz eines nicht eingetr. Eig. gegen die Verj.

3. Einige Gesetze schließen die Verjährung gegen den Eigenthumsanspruch nur dann aus, wenn der Eigenthümer als solcher *eingetragen* ist; so namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. und die ihm nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc., die Grundbuchgesetze für Meiningen und Anhalt. Andere versagen die Verjährung schon dann, wenn nur das Recht aus dem Grundbuche erhellt; hierher gehören das sächs. G. B., die Hypoth. O. für den ländlichen Kleingrundbesitz in Mecklenburg-Strelitz, die Gesetze für Altenburg, Reuß und Hamburg. Von praktischer Bedeutung ist die Frage nur für den *Erbfall*. Für diesen Fall aber kann man sagen, daß der Erbe in der Person des Erblassers, in dessen Rechte er getreten, als eingetragen zu betrachten sei. Auch erscheint es billig, daß der Erbe, weil er sich die gegen den Erblasser begründeten Einreden gefallen lassen muß, den gegen denselben unzulässigen Einreden nicht ausgesetzt wird. Wollte man den Eigenthumsanspruch des nicht eingetragenen Erben des eingetragenen Eigenthümers der Verjährung unterwerfen, so könnte sich ein Eigenthum ohne das Recht zum Besitze ergeben. Dies ist aber immerhin eine Unzuträglichkeit, die möglichst zu vermeiden ist. Deshalb empfiehlt es sich, die Ansprüche aus eingetragenen Rechten auch zu Gunsten der Erben des eingetragenen Berechtigten für unverjährbar zu erklären, und zwar ohne Beschränkung auf das Eigenthum, da kein Grund vorliegt, für die übrigen Rechte etwas Abweichendes zu bestimmen.

4. Gleichstellung der nur vorgemerkten Rechte mit den endgültig eingetragenen.

4. Darauf, ob das Recht endgültig eingetragen oder nur *vorgemerkt* ist, kann es nicht ankommen. Denn die Vormerkung des Entwurfes verschafft dem Rechte die nämliche Publizität wie die endgültige Eintragung. Der Unterschied besteht nur darin, daß der Beweis des Rechtes, von welchem die letztere abhängt, bei der ersteren nur unvollständig erbracht ist. Wird das vorgemerkte Recht liquide gestellt, so wirkt es auf den Zeitpunkt zurück, in welchem die Vormerkung eingetragen wurde; es muß daher ebenso, wie wenn es schon damals endgültig eingetragen worden wäre, der Verjährung entzogen werden.

III. Abl. besond Vorschr.

III. Zu einer weiteren als der aus dem § 847 sich ergebenden Abweichung von dem Grundsatze des § 154 ist ein Bedürfniß nicht anzuerkennen.

1 für die Verj. des Anspr. aus § 843.

1. Die Entscheidung der Frage, ob der nach § 843 stattfindende Anspruch der Verjährung unterliegt, wenn er auf Eintragung bezw. Wiedereintragung des Eigenthümers gerichtet ist, kann zweifelhaft sein. Ein Zweifel besteht darin, ob die Eintragungsbewilligung, von welcher die Berichtigung abhängt, eine Leistung im Sinne des § 154 ist; ein anderer bezieht sich darauf, ob der Eigenthümer, wenn er widerrechtlich aus dem Grundbuche verdrängt worden, noch als eingetragen anzusehen oder ob der Verpflichtete, obschon seine Eintragung jenem gegenüber wirkungslos, doch der *eingetragene* Berechtigte im Sinne des § 847 ist. Die Lösung dieser Zweifel kann indessen ohne Schaden für die Rechtssicherheit der Wissenschaft und Praxis überlassen werden. Wird sie freilich dahin gegeben, daß der Berichtigungsanspruch verjährbar sei,

so ist ein dauernder Widerspruch zwischen dem Grundbuche und der wirklichen Rechtslage nicht ausgeschlossen, aber doch nur unter der äußerst selten zutreffenden Voraussetzung, daß dem Eigenthümer noch der Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes zusteht, während der Anspruch auf Berichtigung des Buches verjährt ist. Jedenfalls kommt das Grundbuch mit der Verjährung des Berichtigungsanspruches in Ordnung, und damit ist dem öffentlichen Interesse genügt. Im Uebrigen ist es Sache der Betheiligten, auf rechtsgeschäftlichem Wege den Inhalt des Buches mit dem materiellen Rechtsstande in Uebereinstimmung zu bringen. Wollte das Gesetz zur Förderung dieses Zweckes den Berichtigungsanspruch für unverjährbar erklären, so müßte es auch den Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes der Verjährung entziehen, da beide nur verschiedene Erscheinungsformen des aus dem dinglichen Rechte hervorgehenden Anspruches auf Schutz gegen Jeden sind, der sich der Verwirklichung des Rechtes entgegenstellt. Damit aber würde der Anspruchsverjährung das ganze Gebiet des Immobilienrechtes und zum Theil auch das Gebiet des Erbrechtes verschlossen werden. Die schwerwiegenden Gründe aber, welche hiergegen sprechen, sind bereits bei der Rechtfertigung des § 154 dargelegt und für durchgreifend erachtet worden.

2. Bei den Dienstbarkeiten verwerthet das preuß. A. L. R. die gemeinrechtliche Lehre vom Erlöschen derselben durch Nichtgebrauch innerhalb der Verjährungsfrist bezw. durch Ersitzung der Freiheit des Eigenthumes (nonusus und usucapio libertatis) nur für den Fall, daß die Dienstbarkeit nicht eingetragen ist[1]). Nach dem code civil Art. 706 und dem sächs. G. B. §§ 596, 655 erlöschen diese Rechte auch insoweit, als sie der Eintragung bedürfen und eingetragen sind, mit dem Ablaufe von dreißig Jahren. Auch in Mecklenburg findet diese Art der Verjährung statt, im Geltungsbereiche der revid. Stadtb. O. und der revid. Hypoth. O. für Landgüter jedoch nur, wenn während der Frist ein Wechsel in der Person des Berechtigten nicht eingetreten bezw. das herrschende Grundstück nicht veräußert worden ist. Nach dem bayr. Entw. III Art. 312 Ziff. 7 und Art. 321 ff. sind die eingetragenen Dienstbarkeiten gleichfalls der Verjährung unterworfen; indessen wirkt dieselbe bei Grunddienstbarkeiten nicht zum Nachtheile eines gutgläubigen Erwerbers des Eigenthumes oder eines sonstigen Rechtes an dem herrschenden Grundstücke[2]). Inwiefern die moderne Gesetzgebung die usucapio libertatis mit dem nonusus in Verbindung gebracht hat, kann hier auf sich beruhen. 2. hinsichtlich der Dienstbarkeiten.

Für den vorliegenden Entwurf erledigt sich die Rechtsverjährung der Dienstbarkeiten dadurch, daß dieselben dem Eintragungsprinzipe unterworfen, die Ansprüche aus eingetragenen Rechten aber durch den § 847 Abs. 1 der Verjährung entzogen sind. Wird eine Dienstbarkeit zu Unrecht gelöscht, so besteht sie allerdings fort, obschon die Ansprüche des Berechtigten nach § 154 verjähren können. Allein es empfiehlt sich nicht, für diese seltenen Fälle das Institut des nonusus und der usucapio libertatis einzuführen. Der mit der Verjährung des Anspruches auf Wiedereintragung der Dienstbarkeit verbundene

---

[1]) A. L. R. I, 9 §§ 508, 511; I, 19 § 29; I, 22 § 50.

[2]) Mot. zum bayr. Entw. III S. 96.

Zwieſpalt zwiſchen dem Grundbuche und der wirklichen Rechtslage wird ſich unter dem Einfluſſe des § 837 in nicht zu langen Friſten ausgleichen. Ein praktiſches Bedürfniß, durch eine poſitive Vorſchrift Abhülfe zu ſchaffen, iſt hier noch weniger anzuerkennen als für die oben unter Nr. 1. behandelten Fälle einer Verjährung des Eigenthumsanſpruches.

1. hinſichtlich der Hypothekenforderung.

3. Bei der Hypothek ſind die Anſprüche aus der Forderung, für welche dieſelbe beſtellt iſt, und die Anſprüche aus dem dinglichen Rechte auseinander zu halten. Die erſteren ſind der Verjährung durch den § 154 unterworfen; die letzteren ſind nach § 847 Abſ. 1 unverjährbar. Die Frage, welchen Einfluß die Hypothekbeſtellung auf den Lauf der Verjährung des perſönlichen Anſpruches hat, iſt in dem § 169 entſchieden. Die Unabhängigkeit des dinglichen Anſpruches von der Verjährung des perſönlichen ergiebt ſich aus dem § 183 Abſ. 2. Eine beſondere Beſtimmung in Anſehung der Hypothek iſt ſomit an dieſer Stelle entbehrlich.

Vierter Abſchnitt.

Eigenthum.

Erſter Titel.

Inhalt und Begrenzung des Eigenthumes.

Vorbemerkungen.

1. Dem Eigenthumsbegriffe, welcher dem Entwurfe zu Grunde liegt, entſpricht es, daß als Gegenſtand des Eigenthumes nur eine Sache (§ 778) gedacht werden kann, während andere Geſetzgebungen den Eigenthumsbegriff weiter faſſen[1]). Ein dem Sacheigenthume analoges Eigenthum an einem Rechte iſt nicht in gleicher Weiſe denkbar, wie das im Entwurfe anerkannte Nießbrauchs- und Pfandrecht an Rechten; denn bei dieſer Art von Nießbrauch und Pfandrecht beruht die analoge Uebertragung der ſachenrechtlichen Vorſchriften darauf, daß die dem Sachnießbrauche und dem Sachpfandrechte eigenthümliche Begrenztheit des Rechtsinhaltes gegenüber dem Eigenthume des Auktors, aus welchem jene Rechte ſich ableiten, auf den Rechtsnießbrauch und das Pfandrecht an Rechten übertragen wird. Bei dem Eigenthume fehlt eine ſolche Begrenztheit des Rechtsinhaltes. Mit dem Eigenthume am Rechte könnten nur das als Gegenſtand bezeichnete Recht ſelbſt gemeint ſein, für deſſen Inhalt die denſelben betreffenden beſonderen Rechtsnormen maßgebend bleiben und die Hereinziehung der Eigenthumsnormen ohne Werth iſt. Eine gewiſſe Analogie beſteht nur zwiſchen dem Eigenthume und den anderen abſoluten, nicht von einem Stammrechte abgeleiteten Rechten, namentlich dem Erbrechte und den Urheberrechten[2]). Dieſe Analogie rechtfertigt vielleicht, wenn Spezialbeſtimmungen fehlen, unter Umſtänden die Anwendung einzelner Eigenthumsnormen, insbeſondere der Vorſchriften über den Eigenthumsſchutz; zu einer ſolchen Anwendung kann auch der die gebuchten Berechtigungen betreffende § 781 Abſ. 2 Anlaß geben, aber dieſe Analogie führt nicht zu einer Verallgemeinerung des Eigenthumsbegriffes.

Gegenſtand des Eigenthumes.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 8 § 2; bayr. L. R. VI, 2 § 4; vergl. öſterr. G. B. §§ 353, 354.

[2]) Reichsverf. Art. 6 Ziff. 6: „Schutz des geiſtigen Eigenthums“. In den auf Grund dieſes Artikels erlaſſenen Geſetzen iſt der Ausdruck „Eigenthum“ nicht wieder gebraucht.

Inhalt des Titels: Eigenthum an Grundstücken.

2. Nur der erste Paragraph dieses Titels giebt eine Eigenthumsnorm für Sachen jeder Art. Die übrigen Vorschriften betreffen nur das Eigenthum an Grundstücken. Das Bedürfniß dieser weiteren Vorschriften ist hervorgerufen durch die besondere Eigenschaft der Grundstücke als Gegenstände der Inhabung und des Besitzes. Die bewegliche Sache scheidet sich durch ihr körperlich getrenntes Dasein von allen übrigen Sachen ab und nimmt nicht im Raume eine unveränderliche Lage ein. Dies gilt von jeder einzelnen beweglichen Sache; quot res tot dominia. Man kann deshalb auch nicht vom Eigenthume an Begriffsganzen oder Vermögensinbegriffen reden. Das Grundstück führt keine gesonderte Existenz, sondern ist, körperlich betrachtet, Theil eines zusammenhängenden Ganzen. Die Erdoberfläche wird pro diviso in Grenzen besessen (vergl. § 787 und die Motive dazu). Der § 849 bezieht sich auf die Bestimmung des dem Eigenthume unterworfenen Raumgebietes, die §§ 851—853 beziehen sich auf die äußerliche Kundbarmachung und auf die Feststellung der Grenze, während die übrigen Vorschriften im Interesse des praktischen Bedürfnisses einzelne Konsequenzen abwehren, welche aus der räumlichen Bestimmung der Eigenthumsherrschaft zu ziehen sind oder gezogen werden könnten, und den Inhalt des Eigenthumes an Grundstücken durch positive Bestimmungen beschränken bezw. erweitern.

Beschränkungen der rechtlichen Verfügung.

3. An dieser Stelle werden weder gesetzliche Beschränkungen des Eigenthümers in der rechtlichen Verfügung über die Sache bestimmt, noch Vorschriften gegeben, welche auf die rechtliche Wirkung derartiger Beschränkungen sich beziehen. In ersterer Hinsicht ist maßgebend, daß die gesetzlichen Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter privater oder öffentlicher Interessen dienen und nicht den allgemeinen Zuschnitt der in dem Eigenthume liegenden Befugnisse betreffen. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote sind deshalb in denjenigen besonderen gesetzlichen Bestimmungen zu suchen, welche durch das Bedürfniß eines derartigen Intereffenschutzes hervorgerufen sind. In zweiter Hinsicht kommt in Betracht, daß der Entwurf in § 107 die Wirkungen gesetzlicher Veräußerungsverbote nicht für das Eigenthum oder andere Rechte an Sachen besonders, sondern allgemein für alle Arten von Rechten und in § 837 den Einfluß der Grundbucheinrichtung auf diese Wirkungen bestimmt.

der thatsächlichen Verfügung.

4. Von den die thatsächliche Verfügung über das Grundstück betreffenden Beschränkungen werden hier nur diejenigen bestimmt, welche die in dem Eigenthume liegenden Befugnisse im Interesse des privaten Rechtslebens begrenzen. Die bestimmten Beschränkungen sind nicht sämmtlich nachbarrechtlicher Natur, d. h. Beschränkungen des einen Nachbarn zu Gunsten des anderen Nachbarn. Es kommen auch Beschränkungen vor, welche zu Gunsten eines Jeden lauten, der durch seine Thätigkeit in den räumlichen Herrschaftsbezirk des Eigenthümers hinüberwirkt, wie denn auch andererseits gewisse Handlungen, welche an sich das Recht des Eigenthümers nicht verletzen oder deren rechtsverletzender Karakter mindestens bezweifelt werden könnte, durch die §§ 864, 865 einem Jeden, nicht blos dem Nachbar, verboten werden. Die den Inhalt des Eigenthumes im Einzelnen näher bestimmenden und begrenzenden Vorschriften sind deshalb nicht ihrem Wesen nach nachbarrechtlicher Natur, sondern nur einzelne derselben regeln das Verhältniß von Nachbar zu Nachbar. Mit Rücksicht

hierauf ist die allgemein lautende und das Nachbarverhältniß nicht erwähnende Ueberschrift des Titels gewählt.

Der Entwurf verfolgt nicht das Ziel, in der dem Zwecke des privaten Rechtsverkehres dienenden Begrenzung des Inhaltes des Eigenthumes an Grundstücken vollständig zu sein und dem Partikularrechte keinen Raum zu lassen[1]). In dem Entwurfe wird nur ein solches Maß von Eigenthumsbeschränkungen bestimmt, welches für alle lokalen Verhältnisse paßt. Insoweit eine Beschränkung nicht aufgestellt wird, gilt das Prinzip, daß der Eigenthümer als solcher zu jeder thatsächlichen Verfügung über das Grundstück, deren Wirkung die Grenzen desselben nicht überschreitet, mit Ausschluß aller anderen Personen berechtigt ist; mithin entsteht keinerlei Lücke. Die Berücksichtigung der besonderen lokalen Bedürfnisse überläßt der Entwurf den Landesgesetzgebungen (§ 866).

Beschränkend. Polizeigesetze.

5. Die Freiheit der Landesgesetzgebungen, durch Polizeigesetze das nachbarliche Zusammenleben zu ordnen, wird durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes, ohne daß es eines Vorbehaltes bedürfte, nicht berührt. Im einzelnen Falle ist es für die Rechtsanwendung wichtig, aber oft nicht leicht, den rein polizeilichen Karakter einer Vorschrift festzustellen. Die Klarhaltung des Unterschiedes bleibt Sache der Landesgesetzgebungen.

Diejenigen reichs- oder landesgesetzlichen Vorschriften, welche in einem bestimmten öffentlichen Interesse das Eigenthum an gewissen Grundstücken beschränken oder belasten, bewahren zwar einen privatrechtlichen Karakter; aber es ist nicht Aufgabe des Entwurfes, einzelne, zudem oft lokal verschieden gestaltete, öffentliche Interessen wahrzunehmen und derartige Beschränkungen und Belastungen zu bestimmen. Der erforderliche Vorbehalt für die Reichs- und Landesgesetzgebung gehört in das Einführungsgesetz.

Noralobligation. Cautio damni infecti.

6. Es könnte in Zweifel gezogen werden, ob nicht auch die Noralobligation und die cautio damni infecti in dem Abschnitte zu behandeln sei, welcher auf die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthümers in der thatsächlichen Verfügung über die Sache sich bezieht. Zu einer solchen Behandlung könnte man kommen aus dem römischen Rechtsgedanken heraus, daß die schädigende Sache dem Beschädigten auch abgesehen von dem Vorliegen einer Verschuldung preiszugeben ist. Die sachenrechtliche Besonderheit der röm. Vorschriften besteht in der Bestimmung einer gewissen Garantiehaft[2]), und zwar einer Garantiehaft, welche auf die Haftung mit einer bestimmten Sache

---

[1]) In dem Berichte der Vorkommission S. 6 wird zu den „Instituten", welche im Einzelnen nur nach dem Bedürfnisse und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Distrikte geregelt werden können und deren theilweise polizeilicher Inhalt ein weiteres Hinderniß der Kodifizirung bildet, auch das „Bau- und Nachbarrecht" gezählt. Es ist jedoch die sorgfältige Prüfung empfohlen, „ob nicht die privatrechtlichen Grundprinzipien dieser Institute sich zur gemeinschaftlichen Regelung im Gesetzbuche eignen". Dies ist in dem Berichte des Bundesrathsausschusses für das Justizwesen S. 3 gutgeheißen.

[2]) Das sächs. G. B. § 351 bestimmt im Nachbarrechte eine solche Haftung des Eigenthümers eines baufälligen Bauwerkes.

beschränkt ist[1]). Der Entwurf §§ 734, 735 hat in den Fällen der Beschädigung durch Einsturz von Bauwerken oder durch Thiere eine Garantiehaft nicht bestimmen wollen; damit ist aber auch die Bestimmung einer begrenzten Garantiehaft als abgelehnt anzusehen.

Chikane. 7. Der Entwurf bringt keine Rechtsnorm, welche den Eigenthümer, insbesondere den Eigenthümer eines Grundstückes im Verhältnisse zu den Eigenthümern benachbarter Grundstücke, in der thatsächlichen Verfügung über die Sache in der Richtung beschränkt, daß von dem Eigenthume nicht lediglich zu dem Zwecke, einem Anderen zu schaden, Gebrauch gemacht werden darf. In den Gesetzgebungen finden sich derartige Chikaneverbote, insbesondere Neidbauverbote[2]). Die Gründe, welche gegen die Aufnahme einer allgemeinen Vorschrift dieser Art in den allgemeinen Theil des Entwurfes entschieden haben, treffen auch hier zu.

Vertragsmäßige Aenderung der gesetzl. Beschränkungen. 8. Die in diesem Titel bestimmten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind nicht absoluter Natur. Der Eigenthümer kann an seinem Grundstücke dingliche Rechte — Grunddienstbarkeiten oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten — bestellen, welche die aus dem gegenwärtigen Abschnitte sich ergebenden Rechte des Eigenthümers mindern oder aufheben.

Ortsüblichkeit. 9. In dem vorliegenden Titel wird an zwei Stellen, § 850 und § 851 Abs. 3, auf die Ortsüblichkeit Bezug genommen, um hiernach den Umfang von Rechten und Pflichten zu bestimmen. Damit wird dasjenige, was bisher gewöhnlich geschehen ist, zur thatsächlichen Grundlage für die Abstraktion einer Regel gemacht, aus welcher sich ergiebt, was geschehen soll. Einen analogen Zweck hat die Bezugnahme auf die Verkehrssitte in § 84, § 86 Abs. 4, § 359, § 789 Abs. 1. Für sachenrechtliche Verhältnisse hat der Entwurf den Ausdruck „Verkehrssitte" nicht für passend gehalten und deshalb den Ausdruck „Ortsüblichkeit" gewählt. Des Gewohnheitsrechtes ist neben der Ortsüblichkeit nicht zu erwähnen, denn die Maßgeblichkeit eines lokalen Gewohnheitsrechtes ergiebt sich aus dem Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetze, sofern im Landesrechte die Geltung gewohnheitsrechtlicher Normen anerkannt ist. Ein solcher Vorbehalt genügt aber nicht, wenn es an gewohnheitsrechtlichen Normen fehlt, und gerade die alsdann entstehende Lücke soll durch die Bezugnahme auf die Ortsüblichkeit ausgefüllt werden.

Partikuläre Eigenthumsbeschränkungen: Preuß. Nothservitut. 10. Der Entwurf stellt nicht wie das preuß. Recht[3]) ein allgemeines Prinzip auf, welches eine solche Benutzung des Nachbargrundstückes gestattet, ohne welche das eigene Grundstück „ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde"; denn die Regel, daß ein Jeder sich die Benutzungsrechte, deren er bedarf, im Vertragswege zu verschaffen habe, durch eine in ihrer Tragweite so unbestimmte Ausnahme zu durchbrechen, erscheint gefährlich. Der Entwurf bestimmt nur solche Beschränkungen, welche durch ein allgemeines Bedürfniß verlangt werden. Es kommen im geltenden Rechte einige nachbarrechtliche

---

[1]) Zür. G. B. § 1886.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 8 § 27; vergl. Baumeister, hamb. Priv. R. Bd. 1 § 21 Noten 17, 18.

[3]) A. L. R. I, 22 § 3.

Benutzungsrechte vor, in Ansehung deren ein allgemeines Bedürfniß nicht anerkannt werden kann. Insbesondere sind folgende nachbarrechtliche Benutzungsrechte übergangen, welche partikularrechtlich vorkommen:

Hammerschlags- oder Leiterrecht.

a) Das sog. Hammerschlags- oder Leiterrecht. Wenn ein Gebäude errichtet wird, so hat der Bauherr darauf zu sehen, daß er bei der Errichtung und den voraussichtlichen Reparaturen eine Benutzung des Nachbargrundstückes nicht nöthig hat oder daß der Nachbar solche ihm bewilligt. Werden Gebäude bis an die Grenze gebaut, so wird häufig ein Benutzungsbedürfniß bezüglich des Nachbargrundstückes eintreten. Um nun den Bau bis an die Grenze, also die volle bauliche Ausnutzung des Grundstückes zu ermöglichen und zu sichern, geben manche Partikularrechte die Befugniß, Baugerüste auf oder über des Nachbars Boden zu errichten, zum Bau erforderliche Gegenstände auf das Nachbargrundstück zu bringen oder dort niederzulegen oder sonst vorübergehend das Nachbargrundstück zu benutzen. Das röm. Recht weiß nichts von solchen nachbarlichen Lizenzen und ebensowenig das gemeine deutsche Recht. Das preuß. Recht enthält auch keine derartige Vorschrift; es findet sich nur folgende Bestimmung[1]) in Betreff der Planken: „Dagegen muß ihm aber der Nachbar, von dessen Seite die Bretter angeschlagen sind, den Zutritt auf seinen Grund und Boden bei nothwendigen an der Planke sich ereignenden Bauten und Reparaturen gestatten". Die preuß. Rechtsprechung ist gegen eine Verallgemeinerung dieser Bestimmung durch Anwendung derselben auf andere Bauwerke[2]); in der Beschaffenheit des besonderen Falles der Planke wird ein genügender Grund zu der Aufstellung einer solchen Bestimmung nicht zu finden sein. Der code civil hat das in einigen coutumes vorkommende Leiterrecht, le tour d'échelle, absichtlich abgeschafft[3]). Das partikularrechtliche Vorkommen dieser Eigenthumsbeschränkung ist hiernach sehr beschränkt[4]). Die Motive der württemb. Bau O. von 1869 bemerken zu Art. 73 in Ansehung des Leiterrechtes: „Die Kommission war der Ansicht, daß kein Bedürfniß vorliegt, diese für den Nachbar lästige Eigenthumsbeschränkung, welche unserer bisherigen Gesetzgebung fremd geblieben ist, einzuführen".

Umwenderecht ꝛc.

b) Das Umwende-, Tret-, Trepp-, Kehr- oder Pflugrecht besteht in der Befugniß des Besitzers eines ländlichen Grundstückes, beim Beackern desselben mit dem Pfluge auf dem Grund und Boden seines Nachbarn umzuwenden. Es kommt nur höchst partikulär vor[5]).

---

[1]) A. L. R. I, 8 § 155.

[2]) Erk. des Ob. Trib. v. 19. Nov. 1868, Striethorst Arch. Bd. 71 S. 351.

[3]) Zachariae, Bd. 2 § 239 Note 8.

[4]) Sächs. G. B. § 350. Ueber das Vorkommen in einzelnen bayr. Statuten vergl. Roth, Civilr. Bd. 2 § 128 Nr. 3, und Mot. zum bayr. Entw. III Art. 187; Provinzialrecht von Berg § 28; Klöntrupp, Handbuch der Rechte von Osnabrück Bd. 2 S. 135; Hesse, Eisenacher Statuten Bd. 3 Art. 5; Grimm, Weisthümer Bd. 1 S. 780; Stobbe, Wormser Reform. V, 4 Titel 13; hess. Entw. II, 3 Art. 69; zür. G. B. § 163.

[5]) Zür. G. B. § 577. Das preuß. Pflugrecht (A. L. R. I, 8 §§ 118, 119, I, 17 § 366) hängt mit der Gemeinschaftlichkeit der Raine zusammen; vergl. Förster-

Schaufelschlagsrecht.

c) Das Schaufelschlagsrecht, kraft dessen derjenige, welcher an einem Privatgewässer ein Mühlen- oder Triebwerk hat, verlangen kann, daß der Eigenthümer des Grundstückes, welches von dem treibenden Gewässer durchflossen wird, ihm zum Zwecke der Reinigung des letzteren den Zutritt gestatte und es dulde, daß der Schlamm, Sand ꝛc. auf das Ufer geworfen werde, hat keine gemeinrechtliche Geltung[1]). Als Nebenbefugniß des Wasserleitungsberechtigten bleibt dieses Recht hier außer Betracht. Da es sich um die Benutzung an ständig fließenden Gewässern handelt, so werden die etwaigen Bestimmungen in den landesgesetzlichen Vorschriften über Wasserrecht zu suchen sein.

Inhalt des Eigenthumes.

§ 848.

Definition des Eigenthumes.

Der Entwurf will weniger eine Definition[2]) geben, als den wesentlichen Inhalt der dem Eigenthümer zustehenden Rechte feststellen. Die positive Seite dieser Feststellung ist von geringerer Wichtigkeit, als deren negative Seite, nämlich daß die ausschließliche Verfügungsbefugniß des Eigenthümers über die Sache so weit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird. Die einzelnen Befugnisse des Eigenthümers würden, auch wenn eine allgemeine Bestimmung fehlte, aus den Vorschriften über den Eigenthumsschutz und über die von dem Eigenthümer vorzunehmenden Veräußerungsgeschäfte entnommen werden können; sie lassen sich nicht vollständig aufzählen; das Bedürfniß einer solchen Aufzählung liegt auch nicht vor, da das Eigenthum nicht eine Summe einzelner Befugnisse ist. Deshalb läßt sich das Eigenthum auch nicht so theilen, daß dem Einen und dem Anderen eine Reihe bestimmter im Eigenthume liegender Befugnisse zugewiesen werden und dem beiderseitigen Rechte der Karakter des Eigenthumes beigemessen wird. Die Zulässigkeit des Miteigenthumes wird hierdurch nicht berührt[3]). Ist der Inhalt eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes ein sehr umfassender, so kann ein Mißverhältniß eintreten. Der Entwurf sucht einem solchen Mißverhältnisse thunlichst vorzubeugen, indem er die Begründung vererblicher veräußerlicher Nutzungsrechte nicht und im Uebrigen die Begründung begrenzter Rechte an der Sache nur zu einem beschränkten Zwecke, auf eine begrenzte Dauer oder unter Beschränkung des Rechtsinhaltes zuläßt (§§ 961, 966, 1014, 1049). In dem bisher geltenden Rechte sind die Grenzen der zulässigen Belastung meistens nicht so streng gezogen; es kommen Beschränkungen des Eigenthumes durch vererbliche und

Getheiltes Eigenthum

Eccius Bd. 3 § 170 Note 63. Gegen Reyschers Behauptung (württ. Priv. R. § 285 Note 2), daß das Trepprecht in Württemberg gesetzlich bestehe, vergl. Lang, württemb. Sachenr. § 27 Note 17.

[1]) Stobbe, Handbuch § 85 Nr. 3.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 8 § 1; bayr. L. R. II, 2 §§ 1, 2; code civil Art. 544; sächs. G. B. § 217; österr. G. B. §§ 353, 354; hess. Entw. I, 3 Art. 1; bayr. Entw. III Art. 89.

[3]) Vergl. sächs. G. B. § 225.

veräußerliche Nutzungsrechte vor, welche die Rechte des Eigenthümers nahezu vielleicht bis auf ein Reutenrecht erſchöpfen und auf welche deshalb auch die Bezeichnung dominium — utile im Gegenſatze von directum — angewendet wurde. Das Merkmal des Eigenthumes, die Konſolidationslage und die Vermuthung für die Unbeſchränktheit des Rechtes, kann immer nur auf der einen Seite vorhanden ſein, doch wird unter Umſtänden zweifelhaft, auf welcher Seite das Merkmal zutrifft; auch haben die Geſetzgebungen vielfach das Nutz- oder Untereigenthum gegenüber dem Obereigenthume in dieſer Beziehung bevorzugt. Der Satz, daß auch bei dem weiteſten Inhalte eines das Eigenthum beſchränkenden Rechtes dieſem Rechte nicht der Karakter als Eigenthum beigemeſſen werden kann, iſt ein Satz der Rechtswiſſenſchaft, deſſen Ausſprechung im Geſetze[1]) entbehrlich und nicht angemeſſen iſt. Die Behandlung der beſtehenden Ober- und Nutzeigenthumsrechte bleibt den Uebergangsbeſtimmungen des Einführungsgeſetzes vorbehalten.

Vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte.

§ 849.

Die Vorſchrift des § 849 iſt erläuternder Natur. Dieſelbe ſpricht eine Konſequenz aus, welche ſich aus der durch die Natur der Dinge gegebenen eigenthümlichen Geſtaltung der räumlichen Herrſchaft über Grundſtücke ergiebt. Nach den Vorbemerkungen unter Ziff. 2 nimmt dieſe Herrſchaft die Geſtalt einer possessio pro diviso an. Die Grenze, ein Begriff, welcher bei beweglichen Sachen nur in beſchränktem Umfange, möglicher Weiſe im Falle des § 816, rechtliche Bedeutung hat, iſt das Scheidende; unter Grenze iſt eine Fläche zu verſtehen, welche, ſenkrecht die Erdoberfläche im Laufe der im engeren Sinne als Grenze bezeichneten in ſich ſelbſt zurücklaufenden Grenzlinie durchſchneidend, nach oben und nach unten unbegrenzt ſich fortſetzt. Der Eigenthümer iſt zu der thatſächlichen Herrſchaft über den von der Grenze eingeſchloſſenen feſten und zuſammenhängenden Erdkörper und über den darüber befindlichen Raum berechtigt, ſoweit ſein Recht nicht Beſchränkungen unterliegt. Bei der Inhabung an Grundſtücken beſtimmt ſich der Machtbereich des Inhabers in entſprechender Weiſe. Nur iſt bei dem Rechte an der Sache dieſe Erſtreckung des Machtbereiches Rechtspoſtulat, bei der Inhabung aber eine Thatſache, welche im Geſetze nicht beſtimmt zu werden braucht und deren Beſtimmung nicht in das Geſetz gehört.

Räumliche Erſtreckung des Grundſtückseigenthumes.

Die Vorſchrift des § 849 entſpricht dem gemeinen Rechte und den modernen Geſetzgebungen[2]). Sie iſt zur Klarſtellung des Geſetzes nicht wohl zu entbehren; denn aus ihr ergiebt ſich, welche Handlungen anderer Perſonen rechtswidrige Eingriffe in das Recht des Eigenthümers ſind, wenn ſie nicht aus einem das Eigenthum oder den Eigenthümer perſönlich beſchränkenden Rechte gerechtfertigt werden.

---

[1]) Sächſ. G. B. § 225.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 8 §§ 26, 65, 123, 132, 141; code civil Art. 552; ſächſ. G. B. § 218; öſterr. G. B. § 297. Vergl. heſſ. Entw. II, 3 Art. 1, bayr. Entw. III Art. 89.

Der Mangel einer Begrenzung des Machtbereiches des Eigenthümers in der Höhe und in der Tiefe kann nicht um deswillen gerügt werden, weil bei einem gewissen Punkte der Machtbereich menschlicher Thätigkeit und die Möglichkeit von Konflikten aufhört; denn damit hört auch das Bedürfniß und der praktische Werth einer das Eigenthum zu Gunsten anderer Personen beschränkenden Bestimmung auf. Eine andere Frage ist, ob man das ausschließliche Recht des Eigenthümers nicht da aufhören zu lassen hat, wo ein jedes denkbare Interesse an der exklusiven räumlichen Herrschaft für denselben aufhört, während bei anderen Personen ein Interesse an der Benutzung des dem Eigenthume unterworfenen Raumbezirkes möglich bleibt. Die Folge würde sein, daß da, wo das Eigenthum aufhört, ein Gemeingebrauch beginnt. Die Undenkbarkeit eines Interesses des Eigenthümers wird erst bei einem Punkte beginnen, in welchem die Möglichkeit eines thätlichen Konfliktes und einer thätlichen Abwehr ausgeschlossen ist, der Eigenthümer sich also in seinem rechtlichen Machtkreise nur mit der Besitzstörungsklage und der negatorischen Klage schützen kann. Nur in dem Umfange, in welchem diesen Klagen stattgegeben wird, liegt die mögliche Gefahr einer Ueberspannung der Eigenthumsbefugnisse. Es ist indessen nicht zu befürchten, daß diese Rechtsmittel zu einer übertriebenen Geltendmachung der Konsequenzen aus der thatsächlichen und rechtlichen Erstreckung des Machtbereiches des Inhabers bezw. Eigenthümers eines Grundstückes führen werden.

Immissionen.

§ 850.

Undurchführbarkeit des Grenzprinzipes.

Die rechtliche Abscheidung der Grundstücke würde mit den Bedürfnissen des Lebens in einem unversöhnlichen Widerspruch treten, wenn sie als eine so strenge zu verstehen wäre, daß die zu Gunsten des Inhabers und des Eigenthümers bestehenden gesetzlichen Verbote — Verbot der Eigenmacht (§ 814) und Verbot der Beeinträchtigung (§ 943) — eine jede nicht autorisirte mechanische oder physikalische Hinüberwirkung als objektive Rechtswidrigkeit erscheinen ließen.

Immissionen.

Vor Allem läßt sich eine gewisse Art der Hinüberwirkung nicht in bestimmte Grenzen bannen. Wir leben auf dem Grunde eines Luftmeeres. Dieser Umstand führt mit Nothwendigkeit eine Erstreckung der Wirkungen der menschlichen Thätigkeit in die Ferne mit sich. Einerseits überliefern schon die gewöhnlichen Lebensfunktionen und mehr noch die wirthschaftlichen und gewerblichen Vorgänge dem Luftmeere eine Menge von gasförmigen und in der Luft suspendirten Körpern, welche der Bewegung des Luftmeeres folgen. Andererseits ist die menschliche Thätigkeit von physikalischen Wirkungen begleitet, welche sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch, Licht. Ob die Erregung von Gerüchen der einen oder der anderen Art der bezeichneten Vorgänge beizuzählen ist, bleibt gleichgültig. Um einen kurzen Ausdruck zu gewinnen, möge für alle diese Arten der Hinüberwirkung der Ausdruck Immission von Imponderabilien gewählt werden. Nach einem in allen Fällen klar entscheidenden Merkmale läßt sich dieselbe nicht wohl bezeichnen. Das Gesetz hat deshalb den Ausweg zu wählen, die hauptsächlichen Beispiele anzuführen und

die weitere Entwickelung des leitenden Gedankens der Praxis zu überlassen[1]). Die Immission von Flüssigkeiten, welche nicht in der Luft suspendirt sind, wird, wie auch § 856 ergiebt, nicht getroffen.

Wenn über die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer solchen Immission bestimmt werden soll, so hat man nicht blos, wie das sächs. G. B.[2]) das Verhältniß von Nachbar zu Nachbar zu berücksichtigen, vielmehr ist der Umfang des Rechtes des Eigenthümers gegen alle anderen Personen festzusetzen.

Mittelbare Immission von Imponderabilien.

Die Unerlaubtheit auch einer solchen Immission ist nach dem aus dem vorigen Paragraphen zu entnehmenden Prinzipe zweifellos, wenn derselben die Richtung auf das fremde Grundstück gegeben wird. Der Zweifel und das Bedürfniß eines gesetzgeberischen Eingreifens besteht nur in Ansehung der Frage, ob die natürliche Verbreitung der Imponderabilien über die Grenze hinaus diejenige Handlung, welche die Imponderabilien zur Entstehung oder Verbreitung gebracht hat, als eine rechtswidrige erscheinen läßt. Bei der Beurtheilung dieser Frage kann man von einem doppelten Standpunkte ausgehen:

1. Man kann aufstellen:

Derjenige, welcher zu der Entstehung oder Verbreitung der Imponderabilien die Ursache liefert, muß wissen, daß dieselben ihren eigenen Weg nehmen. Deren Fortpflanzung über die Grenze ist ihm mithin als Folge seiner That zuzurechnen und ist direkte und indirekte Immission insofern nicht von einander zu scheiden. Das Grenzprinzip findet an sich auch der indirekten Immission gegenüber Anwendung. Die Richtigkeit und das Zutreffen dieses Prinzipes kann nicht um deswillen bezweifelt werden, weil die Nothwendigkeit der Bestimmung von Ausnahmen von vornherein klar ist. Die Festhaltung des Prinzipes liefert die Grundlage für den Sinn der aufzunehmenden Vorschrift; denn sie läßt dieselbe als Ausnahmevorschrift erscheinen und ist somit von Einfluß auf die Beweislast. Die ausnahmsweise das Eigenthum beschränkende Erlaubniß hat sich allgemein auf jede Art der Immission von Imponderabilien zu beziehen; daß eine solche Art der Immission vorliegt, hat also der Immittent zu beweisen. Von dieser Ausnahme sind sodann in die Regel zurückfallende Unterausnahmen zu machen für den Fall der direkten Zuleitung und der exzessiven Immission, deren Vorliegen der Eigenthümer zu beweisen hat.

2. Der andere Standpunkt ist folgender:

Das aus dem § 849 zu entnehmende Prinzip ist nicht so zu verstehen, daß dasselbe auch auf die indirekte Immission von Impoderabilien anwendbar ist. In dieser Anwendung steht dasselbe mit den menschlichen Lebensbedingungen in einem solchen Widerspruche, daß es für den Gesetzgeber unbrauchbar und gefährlich wird, da es nicht einzelne aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen zuzugestehende Modifikationen, welche aber die Richtigkeit der Regel in ihrer Allgemeinheit unangefochten lassen, zu erleiden haben würde, sondern seine Undurchführbarkeit in sich trägt und folglich unhaltbar erscheint. Dabei ist das Prinzip mit der Gefahr verbunden, daß das Gesetz nicht in allen

[1]) Immission von Bienen, vergl. Entsch. des R. G. Bd. 11 S. 173.
[2]) § 358.

Einzelnheiten die nothwendigen Modifikationen bringt und alsdann die Ueberspannung des Eigenthumsbegriffes die nothwendigen Vorbedingungen des Lebens und des Verkehres beeinträchtigt, insbesondere dem Gewerbebetriebe schädliche Fesseln anlegt und die Entwickelung der Industrie in nicht zu übersehender Weise lähmt. Weit mehr entspricht es der Natur der Dinge, von dem Standpunkte der Freiheit auszugehen und alsdann gewisse Immissionen zu Gunsten des Eigenthümers durch privatrechtliche Normen zu verbieten, bei den sonstigen Immissionen aber die Bestimmung der Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Polizeigesetzgebung zu überlassen. Eine Vertretung dieser Ansicht ist auch in der Reichsgesetzgebung — Ges. betr. die Aufhebung der Art. 11 und 12 Buch III Tit. 12 des revidirten Lübischen Rechtes, sowie der Artikel 14 und 16 Theil III Tit. 12 des Rostocker Stadtr. v. 4. November 1874 — zu finden, welche geglaubt hat, Bestimmungen des Lübischen und des Rostocker Stadtrechtes beseitigen zu müssen. Diese Bestimmungen geben zunächst zwar den Grundbesitzern Widerspruchsrechte gegen den Betrieb gewisser Gewerbe, aber, wie aus der Bezeichnung der Gewerbe sich ergiebt, wegen der zu befürchtenden Immission von Gasen, Rauch, Geräusch, Gerüchen ꝛc. Es ist also statt einer Beschränkung des Eigenthümers, dessen Grundstück eine Immission erleidet, eine Beschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit zu bestimmen, nach welcher, wenn das Gesetz schwiege, in der Immission von Imponderabilien eine rechtsverletzende Handlung nicht zu finden sein würde.

Beide Meinungen führen zu ziemlich demselben praktischen Resultate. Nach beiden Meinungen gilt die Immissionsfreiheit beschränkt durch das Verbot der exzessiven Immission; nur ist nach der einen Meinung die Immissionsfreiheit Ausnahme, nach der anderen Regel. Die einzige hieraus sich ergebende Differenz besteht darin, daß nach der ersten Meinung der Eigenthümer seine negatorische Klage durch die Behauptung einer Hinüberwirkung schlechthin begründet hat, während nach der zweiten Meinung eine qualifizirte Hinüberwirkung zu behaupten ist. Der Entwurf beruht auf der zweiten Meinung. Aus dieser Auffassung heraus hat die Nichterwähnung der Immission von Geräuschen den Sinn, daß auch die exzessive Immission von Geräuschen — von Licht wird dasselbe gelten müssen — nicht als Eigenthumsverletzung zu gelten hat und die Schaffung der nothwendigen Abhülfe und des nothwendigen Schutzes der Polizeigesetzgebung überlassen ist, da die Landesgesetzgebungen nach § 866 das Eigenthum weiter beschränken, nicht aber die Befugnisse des Eigenthümers erweitern können.

Geräusch- und Licht-Immissionen.

Einen objektiven Ausdruck hat die zweite Meinung im Gesetze nicht erhalten, um die Entscheidung der prinzipiellen Frage der Doktrin und Praxis nicht abzuschneiden.

Im gemeinen Rechte wird die prinzipielle Frage überwiegend im Sinne der ersteren Meinung beantwortet, welcher auch das Reichsgericht sich angeschlossen hat[1]). In den modernen Gesetzgebungen fehlt eine ausdrückliche Beantwortung der prinzipiellen Frage; jedoch deuten die einschlagenden

[1]) Entsch. Bd. 11 S. 174.

Bestimmungen[1]) daraufhin, daß von der zweiten Meinung ausgegangen wird, und wird derselben auch überwiegend in der partikularrechtlichen Doktrin und Praxis gefolgt[2]). Meistens wird die Frage so gestellt, wann eine Schadenersatzpflicht aus Delikt stattfindet, während der Entwurf die Delikts- und Schadensersatzfrage dahingestellt läßt und in korrekter Weise in der den Inhalt des Eigenthumes betreffenden Vorschrift bestimmen will, wo die objektive Rechtswidrigkeit der gegen den Eigenthümer sich richtenden Handlungen anderer Personen beginnt. Darin stimmt das geltende Recht überein, daß der Eigenthümer gegen exzessive Immissionen geschützt werden soll.

Exzessive Immissionen:

Bei Bestimmung der exzessiven Immission wird darauf Rücksicht zu nehmen sein, daß das Immissionsbedürfniß in verschiedenen Gegenden verschieden ist und auch zeitlich nicht konstant bleibt, insbesondere mit Entwickelung der Industrie sich verändert. Durch die Gesetzgebung kann nicht jedes lokale Bedürfniß festgestellt und berücksichtigt werden, und ebensowenig kann die Gesetzgebung einer jeden Veränderung des Bedürfnisses hinreichend rasch folgen. Hieraus folgt, daß die Grenzen der exzessiven Immission einigermaßen elastisch zu bestimmen sind, damit sie sich den Verschiedenheiten und Veränderungen anpassen. Der Entwurf sucht auf eine doppelte Weise eine solche Anpassung herbeizuführen.

α. über das Hergebrachte hinausgehende.

In Ansehung der örtlichen Verschiedenheiten ist das Maß der erlaubten Immission dem örtlich Hergebrachten zu entnehmen, so daß als erlaubt gilt, was nach Ortsübung ertragen zu werden pflegt. Auf diese Weise wird auch ohne Mitwirkung der lokalen Gesetzgebung der Eingriff in eingelebte Verhältnisse vermieden; auch ist die Ueblichkeit ein einigermaßen beweglicher Regulator, der sich mit den veränderten Verhältnissen selbst verändert.

β in erheblichem Maße beeinträchtigende J.

Neben den üblichen Immissionen sind mindestens die indifferenten Immissionen zu erlauben, welche weder ein subjektives Interesse des Eigenthümers noch ein aus der Beschaffenheit des Grundstückes sich ergebendes Interesse desselben verletzen. Man muß aber noch etwas weiter gehen. Das subjektive Interesse des Eigenthümers verdient keine Berücksichtigung, weil sonst das Maß des Erlaubten von wechselnden persönlichen Verhältnissen abhängig gemacht werden würde. Aber auch das objektiv in der regelmäßigen Benutzung des Grundstückes sich gründende Interesse ist nicht schlechthin zu berücksichtigen. Die Zulassung der ortsüblichen Immissionen giebt nicht immer die den Bedürfnissen des Lebens entsprechende Erweiterung. Handelt es sich um die Einführung neuer Industriezweige oder um die Errichtung von baulichen und gewerblichen Anlagen in Gegenden, wo dergleichen früher noch nicht vorhanden waren, so kommt den Immittenten eine bestehende Ortsübung nicht zu Gute; gleichwohl besteht das Bedürfniß, daß die weitere wirthschaftliche Entwickelung durch diesen Mangel nicht gehemmt werde. Aus diesem Grunde versteht der

---

[1]) Code civ. Art. 674; zür. G. B. §§ 617—620; der § 358 des sächs. G. B. ist nach den Motiven im Sinne der ersteren Meinung zu verstehen; vergl. auch hess. Entw. II, 3. Art. 78, bayr. Entw. III, 193.

[2]) Förster-Eccius III § 169 Note 37; Dernburg I § 220 Note 16 Zachariä § 243. Ueber österr. R. vergl. Randa, Besitz § 7b S. 169.

Entwurf unter einer exzeſſiven Immiſſion eine ſolche, durch welche die regelmäßige Benutzung des Grundſtückes und zwar in erheblichem Maße beeinträchtigt wird.

Thatſächliche Abwehr.

Schließlich ſei noch bemerkt, daß durch die in § 850 beſtimmte Duldungspflicht der Eigenthümer nicht, wie nach der Vorſchrift des § 856, in der thatſächlichen Abwehr, ſoweit ſolche möglich iſt, z. B. an der Zurückſtauung des eindringenden Rauches durch Errichtung von Schutzwänden, gehindert, ſondern nur in dem Gebrauche der negatoriſchen Klage beſchränkt wird.

Grenze.

§ 851.

a) Abmarkung. Gemeinſchaftliches Intereſſe der Nachbarn an der Abmarkung.

Vorausſetzung der Vorſchriften des § 851 iſt, daß die Grenze zwiſchen den Nachbarn nicht beſtritten iſt. Wenn das Geſetz ſchwiege, ſo würde es dem einzelnen Nachbar unverſchränkt ſein, auf eigene Koſten für Grenzzeichen ſeines Gebietes zu ſorgen, die Anerkennung dieſer Zeichen nöthigenfalls im Wege der Feſtſtellungsklage herbeizuführen und Grenzzeichen von ſolcher Beſchaffenheit und in ſolcher Weiſe zu ſetzen, daß dieſelben für ſpätere Zeiten zugleich den Beweis in ſich tragen, daß inzwiſchen ihre Lage nicht verändert iſt. Der Geſichtspunkt, aus welchem vom Entwurfe, in Uebereinſtimmung mit dem geltenden Rechte[1]), dieſe Befugniſſe des Nachbarn gegen den Nachbar erweitert werden, iſt der, daß die äußere Kenntlichmachung und Kenntlicherhaltung der Grenzen im gemeinſchaftlichen Intereſſe der Nachbarn liegt und ein gemeinſchaftliches Geſchäft iſt, deſſen Vornahme zuweilen auch im Intereſſe der öffentlichen Ordnung durch eine an beide Intereſſenten ſich richtende publiziſtiſche Rechtsnorm gefordert wird.

Die Vorſchriften der erſten beiden Abſätze des § 851 ziehen aus der Gemeinſchaftlichkeit des Geſchäftes die Konſequenzen der Mitwirkungspflicht und der Koſtenvertheilung. Berührt ein Abmarkungsverfahren eine größere Anzahl von Grundſtücken verſchiedener Eigenthümer, ſo verſteht ſich von ſelbſt[2]), daß für jeden Einzelnen nur die Abmarkung der eigenen Grenze das gemeinſchaftliche Geſchäft iſt. Eine Gemeinſchaft im Sinne des Abſchn. IV Tit. 5 findet nicht ſtatt, da es an einem gemeinſchaftlichen Gegenſtande fehlt; die aufzunehmenden Vorſchriften ſind deshalb auch nicht mit dem preuß. und öſterr. Rechte in dem Abſchnitte über Gemeinſchaft zu geben.

Gegenſeitige Anſprüche.

Die gegenſeitigen Anſprüche ſind obligatoriſcher Natur mit dinglicher Baſis. Der Anſpruch auf Mitwirkung ſetzt auf beiden Seiten gegenwärtiges Eigenthum voraus, während ein Koſtenerſatzanſpruch des einen Theiles gegen den anderen Theil in der einſeitigen Koſtenbeſtreitung ſich gründet. Die Hinweiſung darauf, daß eine mögliche deliktmäßige Haftung des einen Theiles bei

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 §§ 383, 384; code civil Art. 646; ſächſ. G. B. § 364; öſterr. G. B. § 850; zür. G. B. § 596; vergl. heſſ. Entw. II, 3 Art. 82, bayr. Entw. III Art. 200.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 384.

der Kostenvertheilung zu berücksichtigen bleibt, ist aus Zweckmäßigkeitsgründen, um Mißverständnisse zu verhüten, hinzugefügt.

Beschaffenheit der Grenzzeichen.

Der dritte Absatz des § 851 bezieht sich auf den Inhalt des Anspruches auf Mitwirkung. Es bleibt nämlich die Frage, zu welcher Art der Kenntlichmachung der Grenzen die Mitwirkung verlangt werden kann. Der Zweck der Abmarkung geht dahin, daß solche Grenzzeichen gesetzt werden, welche in der Zukunft fortdauend geeignet bleiben, die erfolgte Anerkennung des Grenzzuges durch die Nachbarn zu beweisen. Die letztere Anerkennung, welche als dingliches Rechtsgeschäft wegen Formmangels ohne Wirkungen bleibt und in der möglichen Gestalt als obligatorischer Anerkennungsvertrag nicht in Betracht kommt, hat hier ihre Bedeutung als außergerichtliches Geständniß. Die Beweiskraft des im Grenzzeichen beurkundeten vorausgegangenen Geständnisses unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung, welche aber gerade im vorliegenden Falle leicht dazu kommen wird, einem solchen Geständnisse Beweiskraft für und gegen einen Jeden beizumessen. Nur muß der Schluß von dem Grenzzeichen auf die vorausgegangene nachbarliche Grenzanerkennung sicher sein. Diese Sicherheit hängt davon ab, wie bei der Abmarkung verfahren ist.

Verfahren bei der Abmarkung

Dabei ist nicht nur die objektive Beschaffenheit der zu setzenden Grenzzeichen, sondern in hohem Maße auch die Prozedurweise von Bedeutung; es braucht hier nur erinnert zu werden an das in einem Theile Deutschlands in verbreiteter Uebung stehende sogenannte Geheimniß der Märker, d. h. diejenigen geheimen, unter Ausschluß der Betheiligten zu treffenden Vorkehrungen, welche eine unerkennbar bleibende Grenzverrückung durch eine des Geheimnisses nicht kundige Person verhindern oder erschweren. Es kommt also sowohl auf die Regeln über das Verfahren bei der Abmarkung als auf die Regeln über die Art der Abmarkung an. Wenn der Entwurf, statt selbst solche Regeln zu geben, die Landesgesetzgebung und eventuell die aus der Ortsüblichkeit zu entnehmenden Regeln entscheiden läßt, so hat dieses darin seinen Grund, daß ein für alle Gebiete passender und mustergültiger Abmarkungsmodus nicht wohl gegeben werden kann und man es deshalb und behufs Wahrung der Rechtskontinuität am besten bei dem lokal Hergebrachten beläßt. Sollte in dieser Bezugnahme auf das Hergebrachte eine Verweisung auf Gewohnheitsrecht zu finden sein, so wird die Frage nach den Voraussetzungen der Entstehung gewohnheitsrechtlicher Normen in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Ergebnissen der rechtswissenschaftlichen Forschungen, nicht etwa nach den positiven landesgesetzlichen Vorschriften, zu beantworten sein.

Der gesetzlich, unmittelbar oder mittelbar durch Bezugnahme auf die Ortsüblichkeit bestimmte Abmarkungsmodus ist übrigens im Verhältnisse der Nachbarn unter einander nicht zwingender Natur. Unberührt bleibt eine etwaige publizistische Pflicht der Grundeigenthümer gegenüber dem Staate, welche dieselben zu einer bestimmten Art der Abmarkung nöthigt. Die Nachbarn können sich im gegenseitigen Einverständnisse mit einem anderen als dem gesetzlichen Abmarkungsmodus begnügen. Ueber die Beweiswirkung einer solchen Abmarkung ist hier ebensowenig etwas zu bestimmen, wie über die Beweiswirkung der gesetzmäßigen Abmarkung. Nur wird durch eine gewillkürte Abmarkung kein Theil verhindert, nachträglich das gesetzliche Verfahren zu

Absoluter Karakter der Vorschriften über Abmarkung.

fordern. Der Anspruch hierauf ist ein Ausfluß seines Eigenthumes; einer dinglich wirkenden Verzicht auf diese aus dem Eigenthume fließende Befugniß giebt es nicht; in einem Verzichte könnte deshalb nur das Versprechen gefunden werden, die in Frage stehende Eigenthumsbefugniß nicht geltend zu machen. Ist die im gesetzmäßigen Verfahren erfolgende Abmarkung im Interesse der öffentlichen Ordnung allgemein vorzuschreiben, so wird auf die Gültigkeit eines solchen Versprechens die Vorschrift des § 106, vielleicht auch die Vorschrift des § 347 von Einfluß sein.

Legitimation zur Erhebung des Anspruches.

Der Entwurf bezeichnet die Eigenthümer der Nachbargrundstücke als in Ansehung des Anspruches auf Abmarkung aktiv und passiv legitimirt, während in dem folgenden Paragraphen die Legitimation nicht in gleicher Weise begrenzt mithin eine jede Person, welcher ein Recht am Grundstücke zusteht, für legitimirt erachtet wird. Der Grund liegt darin, daß im Falle des § 851 der Umfang des Eigenthumsrechtes und der aus demselben sich ableitenden Rechte nicht zweifelhaft ist und es sich nur um eine Vorsichtsmaßregel zur Verhütung von Rechtsirrungen handelt, deren Herbeiführung den Eigenthümern ohne Hineinziehung der Realberechtigten überlassen werden kann. In dem Falle des Nießbrauches wird bei Unkenntlichwerden der Grenzzeichen oder bei dem Fehlen fester Grenzzeichen eine Anzeigepflicht des Nießbrauchers (§ 996, § 998 Abs. 2) in Frage stehen.

§ 852.

b) Grenzverwirrung. Ergänzung des Eigenthumsschutzes.

Die Vorschrift des Entwurfes setzt die besondere Gestaltung des Streites um das Eigenthum an Grundstücken voraus, bei welcher nicht das Eigenthum eines bestimmten selbständigen Grundstückes streitig ist, sondern der Streit den Lauf der Grenze zwischen zwei Nachbargrundstücken betrifft. Für die Lösung dieses Streites sind die Vorschriften über die Eigenthumsklage maßgebend. Nur, soweit diese Vorschriften zur Lösung des Streites nicht genügen, ist die Bestimmung einer Besonderheit erforderlich. Diese Besonderheit ist an dieser Stelle und nicht in dem Abschnitte über den Eigenthumsschutz bestimmt, weil es sich um einen Spezialfall der Eigenthumsklage handelt, welcher durch die hier behandelte Abgrenzung der Grundstücke gegen einander gegeben wird.

Gesetzgebungen.

Mehrere neuere Gesetzgebungen[1]) bestimmen keinerlei Besonderheit, sondern überlassen der Doktrin und Praxis die Aufgabe, diejenigen Modifikationen, welche bei Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsschutz in dem hier behandelten besonderen Falle sich nöthig machen, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten. Der Entwurf folgt diesem Beispiele nicht, weil die Befolgung desselben eine Dunkelheit und Ungewißheit in Ansehung einiger wichtiger Punkte bestehen lassen würde. Würde nichts bestimmt, so würde nach den Vorschriften des Entwurfes über die Eigenthumsklagen folgendes Resultat sich ergeben:

---

[1]) So der code civil, welcher nur in Art. 646 eine Vorschrift über die Abmarkung enthält und dessen Beispiel die Gesetzgebungen von Italien (Art. 412), den Niederlanden (Art. 678) und Zürich (§ 596) gefolgt sind.

Macht bei einem Streite um die Grenze ein Theil sein Eigenthum im Wege der Klage geltend, so hat er eine bestimmte Behauptung und einen entsprechenden Antrag aufzustellen, in welcher räumlichen Ausdehnung er das Grundstück in Anspruch nehme. Diesen Anspruch kann der Kläger sowohl erheben, wenn er das Grundstück bis zu der von ihm behaupteten Grenze besitzt und nur die Feststellung der Grenze dahin herbeiführen will, daß sein Eigenthum so weit reiche, wie sein Besitz, als auch dann, wenn er die Einräumung des Besitzes bis zur Grenze erst fordert. Die Klage auf Grenzberichtigung ist hiernach die Eigenthumsklage in positiver und negativer Funktion, Vindikation und Negatorienklage, möglicher Weise auch eine reine Präjudizialklage, nämlich soweit der Besitzer über einen partiellen Eingriff sich nicht beschweren kann, aber eine Anerkennung der Grenze seitens des Nachbarn verweigert wird. Das Eigenthum bis zu der behaupteten Grenze muß erwiesen werden. In Ansehung dieser Beweispflicht erscheinen zwei Besonderheiten nothwendig: Rechtliche Natur des Anspruches auf Grenzberichtigung.

1. Es fragt sich, ob der Kläger, welcher das Eigenthum am Ganzen und die Erstreckung der Besitzgrenze bewiesen, noch weiter zu beweisen hat, daß sein Eigenthum so weit reicht, wie sein Besitz. Diesen Beweis erspart ihm der Entwurf durch Aufstellung einer Vermuthung. Vermuthung zu Gunsten des Besitzers.

Allgemeine Grundsätze über die Beweiswirkung des Besitzes und der Inhabung hat der Entwurf nicht aufgestellt. Die vorliegende Vorschrift des Entwurfes ist nicht als eine positive Vorschrift, sondern als Ausfluß eines höheren Prinzipes gedacht, welches sich zur Aussprechung im Gesetze nicht eignet, während die einzelne Konsequenz aus dem Prinzipe ihrer praktischen Wichtigkeit und der möglichen Zweifel wegen ausgesprochen zu werden verdient. Die Bedeutung des Besitzstandes im Grenzstreite ist im gemeinen Rechte anerkannt und hat auch in neueren Gesetzgebungen[1]) Ausdruck gefunden.

In den Gesetzgebungen wird meistens auf den bisherigen Besitzstand oder den bisherigen ruhigen Besitzstand Bezug genommen, während der Entwurf von dem Besitzstande schlechtweg redet. Die erstere Redeweise leidet an einer Dunkelheit; denn, wenn man den Besitzstand maßgebend sein lassen will, so muß man den Besitzstand eines bestimmten Zeitpunktes — wenn schlechthin geredet wird, so ist der gegenwärtige Besitzstand gemeint — bezeichnen. Darüber, wie die Vermuthung zu Gunsten der Grenze des gegenwärtigen Besitzstandes zu widerlegen ist, werden die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Ginge man davon aus, daß bei der Nachweisung einer fehlerhaften Entstehung des gegenwärtigen Besitzstandes, abgesehen davon, ob die possessorischen Rechtsmittel noch zulässig sind, die Vermuthung widerlegt und für den Verdrängten seinerseits eine Vermuthung nach Maßgabe des Besitzstandes zur Zeit der Verdrängung begründet sei, so würde man zu einer weitergehenden Eigenthumsvermuthung, als der Entwurf solche auszusprechen für erforderlich und angemessen hält, und zu der Maßgeblichkeit nicht des gegenwärtigen Besitzstandes, sondern im Falle der Fehlerhaftigkeit desselben, des ältesten fehlerlosen Besitzstandes gelangen. Hat

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 380; sächs. G. B. § 365; österr. G. B. § 851; vergl. dresd. Entw. § 853.

der Verdrängte gegen seinen Gegner den possessorischen Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung, so wird nach dem Entwurfe ein Zwang zur vorherigen Klage im Possessorium, um mit Inhabung und Besitz der vortheilhaften Beweislage theilhaftig zu werden, nicht anzunehmen sein, sondern der possessorische Anspruch in Ansehung der Beweiserleichterung als Aequivalent des gegenwärtigen Besitzes zu gelten haben.

Ungewißheit des Besitzstandes.

2. Es bleibt möglich, daß kein Theil die von ihm behauptete Grenze auch unter Zuhilfenahme der Präsumtion zu Gunsten der Besitzgrenze als die richtige erweist. In diesem Falle schaltet sich zwischen den erwiesenen beiderseitigen Besitzgrenzen ein Stück ein, dessen Besitz und Eigenthum kein Theil zu beweisen im Stande ist, obwohl feststeht, daß dasselbe entweder zu dem einen oder zu dem anderen Grundstücke gehört. Wenn das Gesetz schwiege, so würde vielleicht auch für diese Frage eine Lösung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gefunden werden können. Es liegt ein Fall der sogenannten uneigentlichen Kollision der Rechte vor, d. h. ein Fall, in welchem wegen Unbeweislichkeit thatsächlicher Verhältnisse ungewiß ist, welcher von mehreren Personen ein Recht zustehe. Der Entwurf hat keine allgemeine Vorschrift über die Kollision und noch weniger eine solche über die uneigentliche Kollision geben zu sollen geglaubt. Für den Spezialfall des § 583 Abs. 2 Satz 1 ist die Lösung durch Vergemeinschaftung bestimmt. Eine solche Lösung findet sich denn auch für den vorliegenden Fall in dem gemeinen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen [1]).

Kein Fall der Gemeinschaft.

Der Entwurf hat in dem Abschnitte über die Gemeinschaft keine Vorschrift über den Fall der Grenzverwirrung als einen Fall der Kommunion gebracht. Er lehnt aber auch an dieser Stelle die Lösung der Grenzverwirrung durch Annahme einer Kommunion ab. Die Gründe, weshalb dies unter Abweichung vom geltenden Rechte geschieht, sind folgende:

Für eine anzunehmende Gemeinschaft fehlt es an einem Gegenstande; denn neben den beiden Nachbargrundstücken giebt es ebensowenig wie in den Fällen des § 854 ein drittes gemeinschaftliches Grundstück. Die Vorschriften über Gemeinschaft passen überall nicht, nicht einmal die Vorschrift über Naturaltheilung (§ 769 Abs. 1); denn das zweifelhafte Stück braucht nicht in seinen einzelnen Parzellen gleichwerthig zu sein. Da der Zweifel nur die räumliche Erstreckung des Eigenthumes an dem zweifelhaften Stücke trifft, so müssen Werth und Bonität desselben außer Berücksichtigung bleiben, und es kann nur geboten sein, jedem Nachbar räumlich gleich viel zuzugestehen.

Theilung der streitigen Parzelle.

Statt von einer Vergemeinschaftung geht der Entwurf davon aus, daß die Grenze zwar subjektiv ungewiß sein kann, aber objektiv gewiß bleibt und daß, trotz des subjektiven Dunkels, der Richter die richtige Grenze als bewiesen erklären kann und soll, wenn in Ansehung des zweifelhaft bleibenden Stückes eine solche Grenze behauptet ist, welche entsprechend der für beide Theile bestehenden gleichen Wahrscheinlichkeit jedem Theile ein gleich großes Stück zutheilt. Das Größenverhältniß der Nachbargrundstücke kommt bei dieser Wahr-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 379; sächs. G. B. § 365; vergl. bayr. Entw. II Art. 617, dresd. Entw. § 861; abweichend: österr. G. B. § 853.

scheinlichkeitsrechnung nicht in Betracht und rechtfertigt nicht einen ihm entsprechenden Theilungsmaßstab [1]). Auch wenn beide Theile Behauptungen über die Grenze aufstellen, welche diesen Anforderungen entsprechen, aber individuell verschiedene Grenzzüge bezeichnen, braucht man dem Richter nicht eine anomale Verfügungsmacht über den Streitgegenstand zu geben, sondern man kann es auch hier, wie im Falle der Theilung, bei der nur deklaratorischen Kraft des Urtheiles belassen; denn der Richter kann bei der Divergenz der beiderseitig behaupteten Grenzlinie eine mittlere Proportionale als erwiesene richtige Grenze erklären und so zu einer Individualisirung der Grenze in dem Urtheile gelangen.

Kein konstitutives Urtheil.

Im Vorstehenden ist immer der regelmäßige Fall vorausgesetzt, daß die Eigenthümer der Nachbargrundstücke einander gegenüberstehen. Die Vorschriften des Entwurfes sind so gefaßt, daß sie in allen Fällen zur Anwendung kommen, in denen ein Realberechtigter die räumliche Erstreckung seines Rechtes geltend macht und nicht nur die Grenze streitig ist, sondern eine Grenzverwirrung vorliegt. Der Fall der Grenzverwirrung liegt aber vor, wenn der Beweis des Rechtes nicht direkt geführt werden kann, sondern die Betheiligten auf den Besitzstand sich berufen. Als Fall der Grenzverwirrung im engeren Sinne kann man dann noch den Fall unterscheiden, wenn der Beweis des Besitzstandes eine Grundstücksparzelle zweifelhaften Besitzstandes übrig läßt.

Legitimation zur Erhebung des Anspruches.

§ 853.

Die Vorschrift des § 853 betrifft einen Fall der Verjährung von Ansprüchen, welche in einem Rechte an einem Grundstücke ihre Grundlage haben. Die Auffassung, daß die fraglichen Ansprüche fort und fort neu entstehen und deshalb unverjährbar sind, ist bedenklich, weil sie zu weit tragen würde und für alle dinglichen Ansprüche Geltung haben müßte. Der Grund, daß es sich um Ansprüche aus eingetragenen Rechten handelt (§ 847) ist auch nicht nach allen Richtungen hin unanfechtbar; denn im Falle der Grenzverwirrung im engeren Sinne bleibt der Zweifel bestehen, ob die Eintragung des Rechtes am Grundstücke als Ganzem auf das Recht an der streitigen Parzelle sich bezieht. Aber der Grund schlägt durch, daß man Ansprüche aus absoluten Rechten mindestens dann der Verjährung entziehen muß, wenn sie auf die Herstellung eines dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes gerichtet sind und die Herstellung dieses Zustandes nicht blos durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern durch ein öffentliches Interesse verlangt wird, wie solches auch im Falle der familienrechtlichen Ansprüche (§ 154 Abs. 2) der Fall ist. Das Unterbleiben der Abmarkung, die Nichtlösung des Konfliktes in Ansehung der Grenzparzelle zweifelhaften Besitzstandes, würden einem öffentlichen Interesse widersprechen. Auch mit der Vorschrift über den Ausschluß der Verjährung der Theilungsklagen (§ 768) steht die vorliegende Bestimmung in einem inneren Zusammenhange. Die Verewigung eines Zustandes der Gemeinschaft durch Verjährung der Theilungsklagen würde unleidlich sein. Aber dieser Zustand

Unverjährbarkeit der Ansprüche auf Feststellung der Grenze.

[1]) Oesterr. G. B. § 853.

ist doch wenigstens rechtlich geordnet, und seine Beibehaltung kann für eine gewisse Zeit unter sachlicher Bindung der Theilhaber festgesetzt werden. Viel unleidlicher würde die Verewigung eines Zustandes der Rechtsungewißheit sein. Deshalb kann auch im vorliegenden Falle auf die Geltendmachung der unverjährbaren Ansprüche überall nicht, auch nicht auf eine bestimmte Zeit, mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung verzichtet werden.

Eine ähnliche Bestimmung, wie der Entwurf sie bringt, findet sich übrigens auch in einigen Gesetzgebungen[1]). Die römischrechtliche Verjährung[2]) „in finali quaestione“ beruht auf antiquirten Besonderheiten dieses Judiziums.

Grenzanlagen.

§ 854.

Analogie der Grunddienstbarkeit.

In § 854 wird ein die beiderseitigen Rechte beschränkendes nachbarliches Rechtsverhältniß bestimmt, welches gleichinhaltlich auch durch Bestellung von entsprechenden gegenseitigen Grunddienstbarkeiten nach §§ 966, 971 begründet werden kann. An die Stelle der Begründung durch Vertrag tritt die durch Menschenthätigkeit herbeigeführte objektive Beschaffenheit einer Grenzeinrichtung, welche deren Zweck, zum Vortheile beider Grundstücke zu dienen, ergiebt. Diesem Zwecke wird, wie in dem Falle der gegenseitigen Grunddienstbarkeiten durch Vertrag, so hier durch das Gesetz Geltung verschafft. Der gesetzgeberische Grund für die Vorschriften des § 854 liegt darin, daß man derartigen bestehenden nachbarlichen Verhältnissen nicht die Anerkennung als Rechtsverhältnisse versagen und die vertragsmäßige Regelung derselben fordern darf, wenn man nicht in das nachbarliche, den beiderseitigen wirthschaftlichen Interessen angepaßte Zusammenleben in einer volkswirthschaftlich schädlichen Weise eingreifen will.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

Voraussetzungen der Rechtsnorm.

1. Der Entwurf geht von dem Prinzipe aus, daß ein jedes Grundstück gegen das Nachbargrundstück eine geometrische Grenze haben muß und daß diese Grenze objektiv stets gewiß und in den Fällen subjektiver Ungewißheit stets auffindbar ist. Mit der strengen Durchführung dieses Prinzipes ist derjenige Weg, welchen die modernen Gesetzgebungen zu dem Zwecke der Erhaltung der Grenzanlagen einschlagen, unvereinbar. Dieselben suchen nämlich mit der Annahme eines Miteigenthumes und mit einer aus diesem Gesichtspunkte sich ergebenden Regelung des gegenseitigen Verhältnisses zu helfen[3]). Für ein solches Miteigenthum fehlt es aber an einem Gegenstande; denn ein drittes Grundstück außer den beiden Nachbargrundstücken giebt es nicht, und

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 373; sächs. G. B. § 151; österr. G. B. § 1481; vergl. bayr. Entw. II Art. 618.

[2]) L. 6 C. fin. reg. 3,39.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 8 § 149 ff.; code civil Art. 653, 666, 670; sächs. G. B. § 366; österr. G. B. § 854.

an einer Superfizies finden von dem Rechte am Grundstücke abgesonderte Rechte nicht statt. Wollte man in der Grenzanlage ein selbständiges, von den beiderseitigen Grenzen der Nachbargrundstücke eingeschlossenes Grundstück erblicken, so müßte dieses Grundstück und das Recht an demselben gebucht oder es müßte von der Regel der Buchung eine Ausnahme gemacht werden. Außerdem müßten die angenommenen Miteigenthumsrechte entsprechend dem Zwecke ihrer Annahme, als anomale Miteigenthumsrechte gedacht werden, welche als subjektiv dingliche Rechte mit dem Eigenthume der Nachbargrundstücke verbunden sind. Alle diese Konsequenzen sind für den Entwurf nicht annehmbar. Hiernach kann derselbe die zu bestimmenden Rechte nicht als Miteigenthumsrechte, sondern nur als Rechte der Nachbarn denken, welche die aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 848, 849 sich ergebenden Rechte gegenseitig beschränken. Die beschränkenden Rechte finden ihren Gegenstand in der durch die Grenzeinrichtung okkupirten Grundstücksparzelle. Damit eine gegenseitige Beschränkung — nur eine solche soll bestimmt werden — denkbar sei, ist erforderlich, daß jene Grundstücksparzelle, von der Grenze durchschnitten, theils zu dem einen, theils zu dem anderen Nachbargrundstücke gehöre, wenn auch die Beiträge von der einen und von der anderen Seite von verschiedener Größe sind. Gehört sie erweislich nur dem einen Nachbar, so fehlt eine Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des § 854 zu Gunsten des anderen Nachbarn; derselbe hat sich dann durch die Erwerbung einer Grunddienstbarkeit zu helfen.

Anlage an der Grenze.

Außer der bezeichneten Lage der Grenzeinrichtung ist eine Beschaffenheit derselben erforderlich, welche den Zweck derselben kundthut, der Benutzung der Nachbarn zum Vortheile der beiderseitigen Grundstücke zu dienen. Das Vorhandensein einer baulichen Anlage ist hierzu nicht nöthig, sondern es genügt, daß eine zu gemeinsamer Benutzung verwendete und eingerichtete Fläche vorliegt. Die verschiedenen Zwecke, denen die Grenzeinrichtung dienen kann, und die entsprechenden verschiedenen Arten der Beschaffenheit lassen sich nicht spezialisiren, sondern nur durch Beispiele verdeutlichen. Uebrigens wird nicht die weitere Anforderung gestellt, daß die so beschaffene Grenzeinrichtung von Alters her bestanden hat; auch deren Neuentstehung kann die Voraussetzungen für die Anwendung der in dem Entwurfe bestimmten Rechtsnormen erfüllen.

Nothwendige Beschaffenheit der Grenzanlage.

2. In den meisten praktischen Fällen wird bei Grenzeinrichtungen zweifelhaft sein, wie der konkrete Grenzzug läuft, da wegen der gemeinschaftlichen Benutzung die individuelle Grenze einstweilen gleichgültig ist; die Auffindung und Abmarkung der Grenze nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 851, 852 ist ungeachtet des Bestehens der Grenzeinrichtung nicht ausgeschlossen. Der zweifelhafte Besitzstand im Falle des § 852 nimmt hier die Gestalt des Mitbesitzes und der Mitinhabung in Ansehung der von der Grenzeinrichtung okkupirten und von den Gebieten des ausschließlichen Besitzes der Nachbarn umgebenen Grundstücksparzelle an. An eine solche Gestaltung des Besitzstandes die Vermuthung des Miteigenthumes zu knüpfen, wie in den bereits zitirten Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen geschieht, verbietet sich aus den bereits angeführten Gründen. Dagegen bleibt die Vermuthung gerecht-

Vermuthung in Ansehung des Eigenthumes.

fertigt und verdient wegen ihrer praktischen Wichtigkeit ausgesprochen zu werden, daß die scheinbare Grenzeinrichtung eine wirkliche Grenzeinrichtung sei, welche in Ansehung ihrer Benutzung zu beiden Grundstücken gehört und nicht in ihrer ganzen Ausdehnung Bestandtheil des einen Nachbargrundstückes sei. Die Vermuthung tritt, abgesehen davon, daß sie durch den Nachweis einer die angebliche Grenzeinrichtung ausschließlich dem einen Grundstücke zutheilenden Grenze gebrochen werden kann, nicht ein, wenn äußere Merkmale für das über die ganze Grenzeinrichtung sich erstreckende Eigenthum des einen Nachbarn sprechen. Der Entwurf schließt sich hierin im Wesentlichen, jedoch ohne eine Spezialisirung der Merkmale, welche entbehrlich ist und immer unvollständig bleiben würde, an das geltende Recht an[1]).

Inhalt der Rechtsnorm. Beiderseitiges Benutzungsrecht.

3. Liegt eine Grenzeinrichtung der unter 1. gedachten Art vor, so soll nach § 854 Abs. 2 ein jeder Nachbar das Recht haben, dieselbe zu benutzen. Dieses gesetzliche Benutzungsrecht beschränkt das Eigenthum auf beiden Seiten, da von beiden Seiten zu dem Gegenstande desselben ein Theil des Areales geliefert worden ist. Der Inhalt des Benutzungsrechtes wird durch den Zweck der Einrichtung bestimmt, welcher sich aus deren objektiven Merkmalen ergiebt. Die Besonderheit, daß von beiden Theilen zu der Grenzeinrichtung ein Stück des Grund und Bodens beigetragen ist, bewirkt, daß hier nicht beschränkende Rechte vorliegen, welche dem durch sie beschränkten Rechte des Eigenthümers vorgehen, sondern daß bezüglich der Grenzeinrichtung die beiderseitigen Benutzungsrechte an der von dieser eingenommenen Fläche den gleichen Rang haben, wie wenn die Grenzeinrichtung ein drittes Grundstück wäre, welches im Miteigenthume der Nachbarn stände und mit beiderseitigen Benutzungsrechten zu gleichem Range belastet wäre. Eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 762—772 liegt nicht vor. Jedem der Nachbarn steht ein gesondertes subjektiv dingliches, grunddienstbarkeitsartiges Recht der Benutzung zu. Die Voraussetzung, daß ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht und deshalb Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen ist (§ 762), trifft nicht zu. Es liegt vielmehr ein Zusammentreffen von Rechten vor. Da allgemeine Regeln über die Lösung von Kollisionen im Entwurfe fehlen, so ist eine Bestimmung erforderlich. Es werden deshalb die Vorschriften über Gemeinschaft für anwendbar erklärt. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte. Dasselbe behandelt überwiegend die Grenzeinrichtungen als Miteigenthum. Aber es ist korrekter, nicht alle Vorschriften über Miteigenthum, sondern nur die auch für das Miteigenthum geltenden Vorschriften über Gemeinschaft zur Anwendung zu bringen. Wegen ihrer

Anwendbarkeit der Vorschriften über Gemeinschaft.

---

[1]) Im preuß. A. L. R. I, 8 §§ 121, 154, 156, 162, 186 werden der Struktur der Grenzanlage Merkmale entnommen für die einseitige oder gemeinschaftliche Herstellung: Die Anbringung der Pfosten bei Planken, der Nischen bei Mauern und dergl., und in § 168 wird darauf hingewiesen, daß in Ermangelung von Merkmalen des Sondereigenthumes gemeinschaftliches Eigenthum anzunehmen ist. Der code civil Art. 666, 670 redet allgemein von „titre ou marque du contraire", „titre ou possession suffisante du contraire". Sächs. G. B. § 366: „Art des Baues oder der Anlage". Oestert. G. B. „Wappen, Auf- oder Inschriften oder andere Kennzeichen und Behelfe".

besonderen Wichtigkeit wird die hierher zu übertragende Vorschrift (§ 765 Abs. 2) besonders ausgesprochen, daß der eine Nachbar zur Benutzung nur insoweit befugt ist, als dadurch die Mitbenutzung des anderen Nachbarn nicht beeinträchtigt wird. Nach § 817 sind Uebergriffe verbotene Eigenmacht. Die Nachbarn haben beiderseits ihre Benutzung so einzuschränken, daß die Ausübung ihrer beiderseitigen Rechte neben einander möglich ist. Hierin ist dasselbe Prinzip zu erkennen, welches der Vorschrift über die Kollision von Grunddienstbarkeiten in § 973 zu Grunde liegt.

Unterhaltungskosten.

Da Gemeinschaftsquoten fehlen, so ist das Maß der Beitragspflicht zu den Unterhaltungskosten zu bestimmen. Der Entwurf schneidet durch, indem er die Unterhaltungslast den Nachbarn zu gleichen Theilen auferlegt, obwohl der Umfang des Benutzungsrechtes, wenn der dem einen vielleicht viel kleineren Grundstücke durch die Grenzeinrichtung zu verschaffende Vortheil ein geringerer ist, und ebenso die Beiträge an Areal verschieden sein können. Dieses Durchschneiden geschieht wegen der großen praktischen Schwierigkeit der Feststellung eines den ungleichen Vortheilen aus der Einrichtung sich anpassenden Quotenverhältnisses.

Der Fall der Konkurrenz von mehr als zwei Nachbarn bei einer Grenzeinrichtung ist nicht ausdrücklich berücksichtigt, da seine analoge Beurtheilung keine Schwierigkeiten macht.

Beendigung des Rechtsverhältnisses

4. Die Art der Beendigung des Rechtsverhältnisses ist durch seine Voraussetzung, das Bestehen der Grenzeinrichtung, gegeben. Durch die Bestimmung des Entwurfes, daß, so lange der eine Nachbar an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, ohne seine Zustimmung die Beseitigung oder Aenderung derselben nicht zulässig ist, wird der Aufhebung des Benutzungsrechtes eines Nachbarn durch eine einseitige widerrechtliche Handlung des anderen Nachbarn vorgebeugt. Der in dem verletzten Eigenthume sich gründende und mit der negatorischen Klage zu verfolgende Restitutionsanspruch erneuert die thatsächlichen Voraussetzungen für den Fortbestand des nachbarrechtlichen Benutzungsrechtes.

Werden die Benutzungsrechte an der Grenzeinrichtung und die Unterhaltungslast durch dinglichen Vertrag in der gehörigen Form geordnet, so ist an die Stelle der gesetzlichen Regelung des nachbarlichen Verhältnisses die vertragsmäßige Regelung getreten, und das Rechtsverhältniß fällt in die Kategorie der Grunddienstbarkeiten.

Grenzbaum.

§ 855.

Rechte der Nachbarn am Grenzbaume:

Aus dem Begriffe der Grenze ergiebt sich, daß dieselbe, indem sie die festen kohärirenden Bestandtheile der Grundstücke, Erdboden, Gestein, Gebäude, durchschneidet, die auf beiden Seiten der Grenze liegenden Stücke dem einen und dem anderen Grundstücke zutheilt, daß also die Eigenthümer der so zugetheilten Stücke trennungsberechtigt sind. Werden die von der Grenze durchschnittenen festen Bestandtheile von dem Boden getrennt und mobilisirt, so hat

auch in dieſem Falle die Thatſache der Trennung auf die beſtehenden Rechtsverhältniſſe der Regel nach keinen Einfluß, ſoweit das Geſetz nicht einen beſonderen Einfluß einräumt. Nur die nothwendige Konſequenz tritt ein, daß das auf der Grenze herausgenommene Stück fortan den Grundſätzen des Mobilienrechtes unterliegt. Dieſe Grundſätze laſſen aber ein Recht pro diviso an dem räumlich abgegrenzten Stücke einer noch zuſammenhängenden beweglichen Sache, z. B. an einer Ecke des dem Boden entnommenen Steines, nicht zu, weil und ſoweit eine Sonderinhabung thatſächlich nicht möglich iſt. Ihr Recht behalten beide Nachbarn am Steine, und zwar ſoll für ihre gegenſeitigen Rechte der vormalige Grenzſchnitt maßgebend bleiben. Auf dieſe Weiſe kommt eine Rechtskolliſion heraus, welche nur durch Anwendung der Gemeinſchaftsgrundſätze gelöſt werden kann. Der einem jeden Theile zuzuweiſende Bruchtheil hat der früheren räumlichen Erſtreckung des mobiliſirten Bodenbeſtandtheiles über die Grenze zu entſprechen. Der Entwurf ſetzt die Richtigkeit dieſer Konſequenzen voraus. Im Geſetze dieſelben auszuſprechen, wird, mit den neueren Geſetzgebungen, nicht für erforderlich gehalten. Nur die Ausnahmen von dem regelmäßigen Ergebniſſe ſind zu beſtimmen.

Bei Trennung des Baumes

Derartige Ausnahmen beſtimmt der § 855. Vorausſetzung und Grund der Ausnahmebeſtimmungen iſt die organiſche Natur des Grenzgegenſtandes. Nur Bäume werden genannt, weil kleine Gewächſe praktiſch nicht in Betracht kommen und bei größeren Gewächſen die analoge Anwendbarkeit der gegebenen Vorſchriften unverkennbar iſt.

Begriff des Grenzbaumes.

Ein Grenzbaum liegt nur dann vor, wenn die Grenze den Baum da durchſchneidet, wo er aus der Erde heraustritt[1]). Der Entwurf redet deshalb von einem Baume, welcher auf der Grenze ſteht. Die Projektionen gehören zu demjenigen Grundſtücke, von welchem aus projizirt iſt, um aber zu wiſſen, was Projektion ſei, muß man von der Baſis ausgehen; dieſe kann für Bäume ſowohl wie für bauliche Anlagen, nur in der horizontalen Fläche geſucht werden, welche die Bäume und Anlagen von dem Planum des Erdbodens ſcheidet. Grenzbäume ſind alſo Bäume mit pro diviso gemeinſchaftlicher Baſis.

Gleiche Antheile an dem getrennten Baume.

So lange der Baum ſteht, kann nach den Vorſchriften des § 784 von einem geſonderten Rechte am Baume, insbeſondere von einem Miteigenthume, nicht die Rede ſein[2]). Aber die Konſequenz des Eigenthumes an den Grundſtücksbeſtandtheilen bis zur Grenze, daß jeder Nachbar auf ſeiner Seite den Baum zerſtören darf, iſt im nachbarlichen Intereſſe nicht zuzulaſſen, weil bei der organiſchen Natur des Baumes die Zerſtörung auf der einen Seite den Verderb des Baumes auch auf der anderen Seite herbeiführt. Der Entwurf geht deshalb davon aus, daß jeder Nachbar in der thatſächlichen Verfügung über den Baum beſchränkt iſt und nur in Gemeinſchaft mit dem anderen Nachbar verfügen darf. Da dieſe Gemeinſchaft nicht von einem

---

[1]) L. 6 § 3 D. arborum furt. caes. 47, 7. Preuß. A. L. R. I, 9 § 285; ſächſ. G. B. § 261; öſterr. G. B. § 421; bayr. L. R. II, 3 § 18; heſſ. Entw. II, 3 Art. 88, bayr. Entw. III, Art. 196.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 286; bayr. A. L. R. II, 3 § 18; ſächſ. G. B. § 361; bayr. Ent. Art. 196, heſſ. Entw. II. 3 Art. 88

dauernden Zwecke getragen wird, der Baum müßte denn eine Grenzeinrichtung sein oder zu einer solchen gehören, so legt der Entwurf in § 855 Abs. 2 Satz 1 einem jeden Theile das Recht bei, die Beseitigung des Baumes zu verlangen.

Mit der gänzlichen oder theilweisen Trennung des Baumes müßte Miteigenthum mit dem früher bezeichneten Quotenverhältnisse nach Maßgabe der Erstreckung des Baumes in das eine und in das andere Gebiet entstehen. Die Ermittelung dieses Quotenverhältnisses würde indessen mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein; dasselbe bleibt auch in Folge des Wachsthumes des Baumes nicht konstant. Der Entwurf nimmt deshalb Gemeinschaft zu gleichen Bruchtheilen an.

Theilung der Früchte.

Nach § 792 Ziff. 1 ist der Baum, im Ganzen genommen, als Erzeugniß die Frucht, an deren Hervorbringung beide Nachbargrundstücke betheiligt sind. Wenn der Entwurf in § 855 Abs. 1 Satz 1 von den Früchten des Baumes redet, so ist der Ausdruck „Früchte" nicht im Sinne des Gesetzes zu verstehen. In Ansehung der Baumfrüchte wird bestimmt, das dasselbe, was im Falle der gänzlichen Trennung des Baumes gilt, auch in dem Falle der theilweisen Trennung d. h. der Trennung der Früchte gelten soll.

Kosten der Beseitigung.

Die Vorschrift des Entwurfes, daß die Kosten der Beseitigung des Baumes zu gleichen Theilen zu tragen sind, rechtfertigt sich dadurch, daß die Trennung Miteigenthum verschafft. Da indessen die Beseitigung möglicherweise mehr Kosten verursacht, als Gewinn verschafft, so erfordert die Billigkeit, daß der eine Nachbar dem anderen Nachbar, welcher die Beseitigung fordert, die Ausführung der Trennung auf eigene Kosten und zu eigenem Gewinne überlassen kann. Ueber die Art, wie in einem solchen Falle Eigenthum erworben wird, soll eine Besonderheit nicht bestimmt werden. Die Vorschriften über den vertragsmäßigen Eigenthumserwerb werden in Ansehung der im Augenblicke der Trennung für den Verzichtenden entstehenden Miteigenthumsquote Anwendung zu finden haben; insbesondere wird sich das Erforderniß der Verfügungsbefugniß nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilen. Besteht ein Nießbrauch am Grundstücke, so ist, da der Baum nur eine Frucht ist, nur der Nießbraucher zu der Trennung und zu der Verfügung über die getrennten Stücke des Baumes, welche sein Eigenthum werden, berechtigt.

Eigenthumserwerb.

Landesgesetze.

Im Einführungsgesetze ist Fürsorge zu treffen, daß insbesondere diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche im forstwirthschaftlichen Interesse die Anwendbarkeit der §§ 855, 861 ausschließen.

Wasserabfluß.

§ 856.

Immission von Flüssigkeiten

1. Bei der Immission von Flüssigkeiten entstehen in Ansehung der Anwendung des Grenzprinzipes nicht diejenigen Zweifel, welche bei der Immission von Imponderabilien (§ 850) bestehen. Sowohl die direkte als auch die indirekte Immission ist unerlaubt. Eine indirekte Immission liegt vor, wenn durch Anlagen irgend welcher Art Flüssigkeiten in eine solche Lage

gebracht werden, daß sie in ihrem Laufe, dem Naturgesetze folgend, die Grenze überschreiten und dem Nachbargrundstücke sich mittheilen. Unter Anlage ist auch eine solche künstliche Abdachung des Erdbodens zu verstehen, welche die Richtung des Abflusses bestimmt. Die Beantwortung der Frage, ob das Haben des Grundstückes, auf welchem immittirende Anlagen sich befinden, dem Inhaber, Besitzer oder Eigenthümer als eigene Immission anzurechnen ist, welche Verpflichtungen diesen Personen — zur Restitution oder nur zur patientia restituendi — obliegen, wo der Begriff der immittirenden Anlage anfängt, insbesondere ob eine Bodengestaltung, welche zwar künstlich, aber vor langer Zeit geschaffen wurde[1]), der natürlichen Bodengestaltung gleichzusetzen ist, wird den allgemeinen Grundsätzen und den Vorschriften über die negatorische Eigenthumsklage (§ 943) zu entnehmen sein. Hier interessirt nur das negative Resultat, daß der Entwurf, indem er schweigt, in Ansehung der direkten und indirekten Immissionen es einfach bei den Konsequenzen des Grenzprinzipes beläßt. Die Aufnahme von Bestimmungen, welche einzelne Arten der direkten oder indirekten Immission von Flüssigkeiten besonders verbieten[2]), könnte nur das Prinzip verdunkeln.

in Folge der natürlichen Wasservertheilung.

2. Vollzieht sich die Immission nicht durch Anlagen, sondern in Folge der natürlichen Wasservertheilung und der natürlichen Bodenbeschaffenheit, so liegt ein Elementarereigniß vor, welches Niemandem als Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift zuzurechnen ist. Für diese natürliche Immission ergiebt sich aus dem Grenzprinzipe die Folge, daß ein jeder Nachbar, wenn er nur innerhalb seiner Grenzen bleibt, durch Anlagen den Abfluß hemmen, also der Oberlieger das Wasser behalten, der Unterlieger das Wasser zurückstauen kann.

Aus der Ausübung dieser Befugniß des Unterliegers würden wirthschaftliche Nachtheile erwachsen, und diesen Nachtheilen will ein positiver Satz des röm. Rechtes abhelfen, welcher die Befestigung eines Feldgrundstückes gegen den natürlichen Uebertritt des Regenwassers verbietet. Nur in dieser Fassung tritt der Rechtssatz als ein besonderer Satz des judicium aquae pluviae arcendae hervor. Man drückt ihn gewöhnlich dahin aus, der natürliche Lauf des Regenwassers dürfe nicht zum Nachtheile des benachbarten Grundstückes abgeändert werden. Aber eine mehr oder stärkeres Wasser zuschickende Abänderung von Seiten des Oberliegers ist nicht erst durch diesen positiven Rechtssatz, sondern von vornherein als Immission verboten. Unter dem Erfordernisse des Nachtheiles versteht man, daß nur die Zuführung des Wassers, nicht aber die Entziehung eines Vortheiles durch Vorenthaltung des Regenwassers Anlaß zur Beschwerde gebe. Der Satz des röm. Rechtes hat in vielen anderen Gesetzgebungen Aufnahme gefunden und zwar unter Aufhebung seiner Beschränkung auf Feldgrundstücke und auf aqua pluvia vel quae pluvia crescit[3]). Das preuß. A. L. R. hat den röm. Rechtssatz nicht, spricht vielmehr die Ablehnung desselben ausdrücklich

---

[1]) Vergl. l. 2 D de aqua 39,3

[2]) Z. B. sächs. G. B. § 357; bayr. Entw. III Art. 188.

[3]) code civil Art. 640; sächs. G. B. §§ 354—356; bayr. L. R. IV, 16 § 11, bayr. Wassergesetz v. 28. Mai 1852 Art. 34—37; zür. G. B. § 579. Vergl. auch hess. Entw. II, 3 Art. 70

aus[1]), indem es die aus der ausschließlichen räumlichen Herrschaft sich ergebende Befugniß eines jeden Grundbesitzers anerkennt, „gegen das außerhalb der ordentlichen Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser sich zu decken". Dem Bedürfnisse, welches der röm. Rechtssatz durch eine allgemeine Vorschrift befriedigen wollte, wird durch besondere agrarische Gesetze genügt, welche die Verschaffung der Vorfluth regeln und insbesondere unter gewissen Voraussetzungen den oberen Nachbar befugen, einen Nothweg für das ihn belästigende Wasser zwangsweise von dem unteren Nachbar zu erkaufen[2]).

Das Bedürfniß der höher gelegenen Grundstücke, für das in Folge elementarer Vorgänge auf dieselben gelangende Wasser einen nicht durch Befestigungen der Unterlieger gehemmten Abfluß zu haben, ist durch die Natur der Dinge gegeben. Von der Freigebung eines solchen nach der natürlichen Abdachung der Grundstücke sich bestimmenden Abflusses kann man nur dann absehen, wenn ein Netz von Entwässerungsanlagen besteht, an welches alle Grundstücke Anschluß erlangen können. Die Einführung einer derartig geregelten Entwässerung kann wirthschaftlich große Vortheile mit sich bringen und macht die Gestattung des ungeregelten Wasserablaufes entbehrlich. Aber die letztere Gestattung bleibt als Regel nothwendig, soweit die Wassergesetzgebung nicht Fürsorge für eine anderweite Befriedigung des Bedürfnisses getroffen hat. Der Entwurf selbst kann mit einer solchen Fürsorge sich nicht befassen, sondern muß dieselbe den Landesgesetzgebungen vorbehalten. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

a) Der Entwurf redet von Wasserabfluß, nicht blos von aqua pluvia vel quae pluvia crescit. Eine solche Beschränkung des Ausdruckes bleibt dunkel. Getroffen werden muß alles Wasser, welches in Folge elementarer Ereignisse seinen Weg auf die Grundstücke findet und unmittelbar wieder abzulaufen bestrebt ist, also auch plötzlich ausbrechendes Quellwasser. Nicht getroffen wird das durch die menschliche Benutzung hindurchgegangene Wasser, insbesondere das sogenannte Spülwasser. Sammelt sich das Wasser in größeren natürlichen Gerinnen, welche dasselbe ständig mehr oder weniger ausfüllt, so redet man von Bächen, Flüssen, Strömen. Die vorbehaltenen partikularen Bestimmungen des Wasserrechtes enthalten ein Spezialrecht, welches die Vorschriften, nach denen die rechtlichen Verhältnisse der wasserbedeckten Grundstücke sonst zu beurtheilen sein würden, in weiterem Umfange durchbricht. Wenn hiernach die vorliegende Vorschrift des Entwurfes für ständige Gewässer durch speziell wasserrechtliche Vorschriften fast gänzlich um ihre praktische Bedeutung gebracht wird, so bleibt doch zu beachten, daß sie als Regel wieder hervortritt, insoweit die Spezialgesetzgebung über die Gewässer keine Entscheidung bietet.

Ausdehnung der Vorschrift.

b) Nimmt der Boden des höher liegenden Grundstückes in Folge von Naturereignissen eine die Ueberleitung verstärkende oder ändernde Form an, so muß nach der strengeren Meinung der römischen Doktrin der Unterlieger die

Verstärkung des Abflusses durch natürliche Bodenveränderungen.

---

[1]) I, 8 § 102.

[2]) Förster-Eccius Bd. 3 § 170 Note 56; Dernburg Bd. 1 § 254; vergl. auch A. L. R. I, 8 §§ 102—117, Kochs Komm. Anm. 41 zu § 103 und die hinter § 117 eingeschalteten Gesetze.

Folgen tragen. Nach einer milderen Meinung soll es ihm erlaubt sein, selbst den früheren Zustand wiederherzustellen. Das sächs. G. B. hat die Milderung aufgenommen, das franz. G. B. und die demselben folgenden Gesetzgebungswerke nicht. Der Entwurf folgt diesen letzteren Gesetzen. Mit dem Billigkeitszugeständnisse sind vielfache praktische Schwierigkeiten verbunden. Oft ist der frühere Zustand überall nicht oder nur mit großer Mühe wieder herstellbar. Für den Oberlieger sind Wiederherstellungsversuche des Unterliegers eine große Belästigung, während dem letzteren mit der Ertheilung der Erlaubniß zu einer solchen Herstellung wenig geholfen ist.

Hindernde Anlagen.

c) Wie der Begriff der Anlagen, welche künstlich das Wasser zuführen, nicht ohne Zweifel ist, so findet dasselbe auch bezüglich solcher Anlagen statt, welche den Wasserlauf hindern Die römische Freigebung der opera agri colendi causa facta, welche man auf diese Art von Anlagen bezieht, ist für dieselbe von höchst geringer Bedeutung, da die Art der Kultur des unteren Grundstückes nur in sehr geringem und nicht in Betracht kommenden Maße eine Zurückstauung zur Folge haben kann. Ein wirklicher Damm ist nie erlaubt. Ein praktisches Bedürfniß zur Bestimmung einer Besonderheit in der angedeuteten Richtung erscheint hiernach nicht erfindlich.

Bodenverhältnisse.

d) Der Entwurf redet nicht von höher und niedriger liegenden Grundstücken, sondern macht zur Voraussetzung, daß in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse ein Wasserabfluß von einem Grundstücke auf das andere Grundstück stattfindet, weil bei dem Steigen des Wasserspiegels auch das niedrigere Grundstück dem höheren Grundstücke Wasser zuschicken kann.

Stellung der Vorschrift.

e) Da die Vorschrift eine Beschränkung des Eigenthumes an den Grundstücken, von welchen der Wasserabfluß stattfindet, enthält, so gehört sie in den vorliegenden Abschnitt; ihre in der gemeinrechtlichen Doktin beliebte und auch im bayr. L. R. sich findende Behandlung im Obligationenrechte ist nicht gerechtfertigt.

Grenzüberbau.

§§ 857—860.

Bedürfniß einer Vorschrift.

I. Im röm. Rechte kommt die Bestimmung vor, daß der Nachbar die Ausbauchung der Wand sich gefallen zu lassen habe, wenn dieselbe unter einem halben Fuße beträgt. In die neueren Gesetzgebungen, insbesondere das preuß. A. L. R. und in den code civil, ist eine solche Bestimmung nicht aufgenommen; ein allgemeines fortdauerndes Bedürfniß derselben ist deshalb nicht ersichtlich.

Dagegen ist im Anschlusse an einige neuere Gesetzgebungen[1]) in einer anderen Richtung die Einführung einer nachbarlichen Duldungspflicht nützlich erschienen, nämlich für die Grenzüberschreitung beim Bauen.

[1]) Das preuß. A. L. R. bestimmt bei Behandlung der Eigenthumserwerbung I, 9 § 340: „Will Jemand einen Bau auf seiner Grenze führen, so muß er seinen Vorsatz und wie weit er das Gebäude vorzurücken gedenke, den Nachbarn anzeigen". § 341: „Hat er dieses gethan und ist die angegebene Linie von den Nachbarn genehmigt, gleichwohl aber das Gebäude durch Zufall, geringes oder mäßiges Versehen über die angegebene

Wenn die strenge Durchführung der Eigenthumskonsequenzen zu einer Trennung von Sachverbindungen führen würde, welche die verbundenen Sachen zerstört, so kann das bürgerliche Recht im öffentlichen Interesse an der Verhütung einer derartigen werthvernichtenden Zerstörung einen genügenden Anlaß finden, die regelmäßigen Eigenthumskonsequenzen zu modifiziren. Die Vorschriften des Entwurfes über die wesentlichen Bestandtheile (§§ 784—786), und über Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 890—897) enthalten derartige Modifikationen. Bei dem Bau auf fremdem Grund und Boden giebt die Durchführung des Eigenthumsanspruches den Anlaß zur wirthschaftlich schädlichen Auseinanderreißung wesentlicher Bestandtheile vermöge des jus tollendi (§ 936 Abs. 3). Die Verhütung dieses Resultates durch Behandlung des Bauenden als Spezifikanten und Umkehrung des Satzes superficies solo cedit bleibt ausgeschlossen, weil man hierdurch mit den Grundprinzipien des Immobilienrechtes in Widerspruch treten würde. Aber in dem Falle des Grenzüberbaues, in welchem die strenge Geltendmachung der Eigenthumskonsequenzen mit besonderen Härten verbunden sein würde, ist eine Abhülfe möglich, welche dem einen Theile große Vortheile verschafft, ohne den anderen Theil in einigermaßen erheblicher Weise zu belästigen. Da eine derartige Milderung der Eigenthumskonsequenzen einem allgemeinen Bedürfnisse entspricht, welches aus der Strenge der Vorschriften über die Geltendmachung des Eigenthumes sich ergiebt, so ist die Bestimmung derselben nicht dem partikularen Rechte zu überlassen.

In den Mitteln der Abhülfe geht der Entwurf nur soweit, als das Bedürfniß erfordert. Für das röm. Recht ist die Meinung ausgesprochen worden, dasselbe habe dadurch geholfen, daß es gegen den Ueberbauenden die Realexekution versagte und ihm das bebaute Terrain gegen Zahlung der Litisästimation, also im Wege einer erzwungenen Veräußerung, verschaffte. Auch die angeführten Gesetzgebungswerke bestimmen eine Art von Zwangsveräußerung gegen Entgelt. Hierdurch wird aber dem Bauenden mehr gegeben, als er nöthig hat; auch würde eine umständliche Regelung des Enteignungsverfahrens nöthig gemacht werden. Der Entwurf giebt nur ein gesetzliches Recht auf Duldung des Ueberbaues und regelt die Erwerbung dieses Rechtes und des gesetzlichen Rechtes des duldenden Theiles auf das rentenartige Entgelt in einer solchen Weise, daß für die Entstehung und den Bestand dieser Rechte das Grundbuch nicht in Mitleidenschaft gezogen wird.

II. Der Eintritt der begünstigenden Rechtsnorm ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: Voraussetzungen derselben:

1. Als Bauender ist der Eigenthümer des Nachbargrundstückes zu denken, da demselben ein grunddienstbarkeitsartiges Recht erworben werden soll. 1. Eigenthum des Bauenden.

Linie vorgerückt worden, so darf er den Nachbarn nur den Grund und Boden nach einer billigen Taxe vergüten". — Württemb. Bau O. vom 6. Okt. 1872 Art. 72: „Hat der Eigenthümer eines Grundstückes bei Aufführung eines Baues ohne Widerspruch des Nachbars in gutem Glauben die Grenze seines Eigenthumes überschritten, so geht auf ihn das Eigenthum des überbauten Grundes gegen volle Entschädigung des Nachbars über". Vergl. hess. Entw. II, 3 Art. 79, bayr. Entw. III Art. 192 Abs. 1.

Doch wird die Vorschrift dem Eigenthümer auch zur Aufrechterhaltung eines von einem Vorbesitzer, welcher Nichteigenthümer war, aufgeführten Baues dienen können. Ebenso wird eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Grenzüberbau eines Erbbauberechtigten (vergl. § 781 Abs. 2) nicht ausgeschlossen sein.

2. Errichtung eines Gebäudes.

2. Der Entwurf redet von der Errichtung eines Gebäudes und nicht eines jeden Bauwerkes schlechthin, damit der Vorschrift keine zu große Tragweite gegeben und dieselbe nicht auch auf bloße Mauern ꝛc. bezogen werde.

3 Abwesenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

3. Die Nichtbeachtung der richtigen Grenze darf nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Bauenden beruhen. Anderenfalls würde die ausnahmsweise eintretende Begünstigung dem einen Theile einen unverdienten Vortheil verschaffen und dem anderen Theile eine ungerechtfertigte Belästigung zufügen. Die Abwesenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist Voraussetzung des Eintrittes der Rechtsnorm, also von demjenigen, welcher auf die Rechtsnorm sich beruft, zu beweisen. Dieser Beweis hat, obgleich Beweis einer Negative, bei der freien richterlichen Beweiswürdigung keine solchen Schwierigkeiten, welche die Anwendbarkeit der Vorschrift zu beeinträchtigen geeignet sind. Wird die Grenzüberschreitung erst nach längerer Zeit entdeckt, so wird gerade das längere Unbekanntgebliebensein der richtigen Grenze für den entschuldbaren Irrthum sprechen.

Bedenken könnten dahin erhoben werden, daß die subjektive Voraussetzung des entschuldbaren Irrthumes genügen solle, um dem Bauenden die Begünstigung zu verschaffen und dem Nachbar den Nachtheil aufzuerlegen. Man könnte deshalb geneigt sein, zu verlangen und vielleicht zugleich auch für genügend zu erklären, daß der Bauende dem Nachbar, zur Abwendung des Vorwurfes der Fahrlässigkeit, von seinem Vorhaben vorher genaue Kunde zu geben habe und daß den Nachbar der drohende Nachtheil nur dann treffe, wenn auf eine solche Anregung hin ein Widerspruch unterblieben ist. Allein die Anordnung eines derartigen Anzeigeverfahrens würde mit Unzuträglichkeiten nach beiden Seiten verknüpft sein. Der Bauende, welcher, weil er keinerlei Zweifel in Ansehung der Grenze hegte, die Anzeige unterließ, wird hart getroffen. Andererseits läßt die Anzeige, wenn die Grenzen nicht an Ort und Stelle gewiesen werden, leicht Raum zu Mißverständnissen, welche den Nachbar zu einem ihm nachtheiligen Unterlassen des Widerspruches veranlassen können.

Wirkung des Widerspruches

III. Wenn man auch den Eintritt der Begünstigung nicht von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden, wirklichen oder fingirten Zustimmung des Nachbarn zu dem Baue abhängig machen und auf diese Weise dem Unterbleiben des Widerspruches eine besondere rechtliche Bedeutung beilegen kann, so muß doch einem wirklich erfolgten Widerspruche die Wirkung beigelegt werden, daß der Eintritt der Rechtsnorm ausgeschlossen wird, mag auch trotz des Widerspruches die Voraussetzung des entschuldbaren Irrthumes auf der anderen Seite vorgelegen haben, da in einem solchen Falle billiger Weise der Irrende die Nachtheile seines Irrthumes zu tragen hat und nicht dessen Gegner. Die Zeit des so wirkenden Widerspruches muß so bestimmt werden, daß derselbe nicht zu einer Zerstörung, welche gerade vermieden werden soll, führt. Der Widerspruch darf also nicht schlechthin so lange mit Wirksamkeit

erfolgen, als das Gebäude noch nicht fertig obwohl vielleicht der Vollendung schon nahe ist, und es deshalb zu einer Zerstörung kommen würde, sondern er muß vor oder sofort nach der Ueberschreitung der Grenze zu geschehen. Zum Widerspruche berechtigt ist derjenige, welcher kraft seines dinglichen Rechtes dem Bauenden die überbaute Fläche entziehen könnte und welcher deshalb durch die eintretende Duldungspflicht entschädigungsberechtigt werden würde, also neben dem Eigenthümer jede Person, auf welche nach § 860 die Vorschriften des § 857 entsprechende Anwendung finden sollen.

Duldungspflicht des Nachbarn.

IV. Der Zweck der Rechtsnorm besteht in der Verhütung einer Zerstörung und geht also dahin, daß das Gebäude, so lange dasselbe steht, in dem hergestellten Zustande geduldet wird. Diesem Zwecke entsprechend legt das Gesetz eine zeitlich unbestimmte Duldungspflicht auf, deren Kehrseite ein grunddienstbarkeitsartiges Recht des Gebäudeeigenthümers und derjenigen Personen ist, denen kraft eines Rechtes am Grundstücke die Befugniß zur Ausübung der mit dem Eigenthume am Grundstücke verbundenen Rechte zusteht. Auferlegt wird die Duldungspflicht allen Personen, welche ein Recht an dem durch den Ueberbau bedeckten Grundstücke haben und aus diesem Rechte heraus, vindizirend oder negatorisch, die Restitution verlangen könnten, mithin in Wirklichkeit die Duldung üben, also dem Eigenthümer, den Dienstbarkeitsberechtigten und dem Erbbauberechtigten.

Entschädigung

V. Einige Schwierigkeiten macht die Lösung der Entschädigungsfrage. Von einer Festsetzung der Entschädigung in einem Enteignungsverfahren sieht der Entwurf ab. Wie schon bemerkt, würde eine umständliche Regelung des Verfahrens erfolgen müssen. Dem Richter würden Befugnisse zu ertheilen sein, welche über seine Befugnisse als Spruchrichter weit hinaus gehen, oder es müßte eine andere Behörde mit der Leitung des Verfahrens und mit der Entscheidung betraut werden. Die ungewisse Dauer des zu begründenden Rechtes würde der Schätzung Schwierigkeiten bereiten. Die Begründung desselben hätte in derselben Weise sich zu vollziehen, wie in anderen Fällen der Expropriation. Es wäre also eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die über einen solchen Expropriationsfall aufzunehmenden Vorschriften würden ihren Karakter wesentlich ändern und nicht in den vorliegenden Abschnitt gehören.

Man kann ferner daran denken, den gegenwärtigen Fall — der area juncta — ähnlich zu behandeln, wie im röm. Rechte der Fall des tignum junctum behandelt wurde. Man würde auf diesem Wege, wenn man die obwaltenden Verschiedenheiten berücksichtigt, zu folgendem Resultate gelangen:

Die Geltendmachung der dinglichen Ansprüche, welche dem Gebäude die demselben nöthige Fläche entziehen würde, wird nur unter der Bedingung aufgeschoben, daß dem Klageberechtigten für seine Duldung eine der ihm widerfahrenden Beeinträchtigung entsprechende Entschädigung gezahlt wird. Da von der Substanz des Rechtes an dem überbauten Grundstücke nichts abveräußert wird und für jeden Rechtsnachfolger die nicht aus dem Grundbuche ersichtliche Duldungspflicht für die Zeit der stattfindenden Duldung durch den Genuß einer Entschädigung ausgeglichen werden muß, so ist die Entschädigung in der

in Rente.

Gestalt einer Rente zu leisten. Für den Bauenden und dessen Rechtsnachfolger ist die Zahlung der Rente in conditione, damit ihm die überbaute Fläche nicht weggenommen werde, und für den anderen Theil ist die Anstellung der dinglichen Klage auf Herausgabe der Fläche, wenn er nicht befriedigt wird, das Mittel, um die Zahlung zu erzwingen. Die Höhe der Entschädigung würde sich dem zeitigen Betrage des Schadens anpassen, welcher dem Duldungspflichtigen erwächst.

Der Entwurf hält zwar daran fest, daß dem Eigenthümer der bebauten Fläche nur eine Duldungsfrist aufzuerlegen und Entschädigung hierfür in Gestalt einer Rente zu gewähren ist, hat indessen nicht für angemessen erachtet, die Duldungspflicht dadurch zu einer unnachtheiligen zu machen, daß sie in der vorbezeichneten Weise bedingt wird. Er will auch, um feste Verhältnisse zu schaffen, für die Feststellung des Betrages der Entschädigungsrente den Zeitpunkt der Grenzüberschreitung maßgebend sein und bleiben lassen. Ihre dingliche Sicherung soll die Rente nicht durch die im Falle der Nichtzahlung eintretende Freiheit, auf Wegnahme zu klagen, sondern dadurch erhalten, daß sie analog wie eine Reallast behandelt wird, welche auf dasjenige Grundstück, zu dessen Gunsten das grunddienstbarkeitsartige Recht gereicht, gelegt ist. Auch im Entwurfe (§ 858) wird das Prinzip festgehalten, daß die Duldungspflicht, welche nicht aus dem Grundbuche ersichtlich ist, für einen jeden Rechtsnachfolger des ursprünglichen Duldungspflichtigen dadurch unnachtheilig gemacht wird, daß mit dieser Pflicht das Entschädigungsrecht nothwendig verbunden ist und nicht durch Verzicht von derselben abgetrennt werden kann.

Aehnlichkeit der Rente mit der Reallast.

Recht auf die Entschädigung.

Entschädigungsberechtigt ist nach §§ 858, 860 derjenige, welcher duldet, während er nach dem Inhalte seines dinglichen Rechtes — Eigenthum, Erbbaurecht, Dienstbarkeit — dem Eigenthümer des Gebäudes die Fläche entziehen könnte; der Schadensbetrag wird für einen jeden Duldungspflichtigen dieser Art subjektiv nach Maßgabe der ihm widerfahrenden Beeinträchtigung festzusetzen sein. Weitere Realberechtigte kommen nicht in Betracht, da für dieselben, insbesondere die Pfandberechtigten, der geschehende Abbruch durch die mit demselben verbundene Entschädigung indifferent gemacht wird. Nur werden die weiteren Berechtigten in Ansehung der Fixirung des Entschädigungsbetrages weder durch die von anderer Seite abgeschlossenen Rechtsgeschäfte noch durch die unter anderen Personen ergehenden Urtheile gebunden und können für die künftige Duldung die Fixirung eines angemessenen Betrages verlangen.

Ablösbarkeit und Unverjährbarkeit der Rente.

Durch den Vorbehalt des Einführungsgesetzes zu Gunsten der landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung von Reallasten wird das hier bestimmte Rentenrecht einer Aufhebung im Wege der Ablösung nicht ausgesetzt. Ferner kann das Rentenrecht auch nicht durch Verjährung von der das Eigenthum beschränkenden gesetzlichen Duldungspflicht abgetrennt werden. Letzteres kann sowohl daraus abgeleitet werden, daß das gesetzliche Recht auf Entschädigung für die geübte Duldung mit Fortdauer der Beeinträchtigung stets neu entsteht, als auch daraus, daß das Rentenrecht dem gebuchten Rechte am Grundstücke (§ 847) entfließt. In Ansehung der Ansprüche auf fällige Rentenbeträge bleibt es bei der Anwendung der Vorschriften über die Anspruchsverjährung.

Die Geltendmachung der Entschädigungs- und Rentenansprüche für die Vergangenheit, falls die Grenzüberschreitung erst später entdeckt wird, beschränkt sich nach Maßgabe der Vorschriften über die Geltendmachung von Schadensansprüchen im Vindikationsfalle.

Ueberlassung des Baugrundes.

VI. In § 859 bestimmt der Entwurf das Recht des Eigenthümers, die Aufhebung der Eigenthumsbeschränkung dadurch zu verlangen, daß er dem Nachbarn die nöthige Baufläche gegen Ersatz des Werthes desselben verschafft. Das Bedürfniß der Eigenthumsbeschränkung ist dadurch entstanden, daß dem Bauenden das Eigenthum an jener Fläche fehlte. Wird derselbe in die Lage versetzt, die nöthige Baufläche — selbstverständlich unbelastet — gegen Ersatz des Werthes derselben erlangen zu können, so fällt das fernere Bedürfniß der immerhin zu verwickelten Rechtsverhältnissen führenden Eigenthumsbeschränkung hinweg. Für die Werthberechnung in Kapital wird man denselben Zeitpunkt für entscheidend zu erklären haben, welcher für die Bestimmung der Höhe der Rente in § 857 Abs. 3 für entscheidend erklärt worden ist, da der Kapitalbetrag zur Ablösung einer solchen Rente dient. Der Entwurf giebt dem Eigenthümer einen gesetzlichen Anspruch auf Leistung des Kapitalwerthes gegen die seinerseits Zug um Zug erfolgende Uebertragung des Eigenthumes. Welche Wirkung die Erklärung, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, hat, braucht daneben nicht bestimmt zu werden. Durch die Erklärung allein wird das Rechtsverhältniß unter den Betheiligten noch nicht geändert. Die Auffassung als Antrag zu einem Kaufkontrakte ist nicht ausgeschlossen. Bei erfolgender Ueberlassung tritt für den Ueberlassenden Gewährleistungspflicht ein. Mit Beitreibung des Entschädigungskapitales hört selbstverständlich das Recht des Empfängers auf die Rente gegenüber dem Zahlenden auf, aber die Eigenthumsbeschränkung und das mit derselben verbundene Rentenrecht subjektiv dinglicher Natur finden erst mit der die fernere Eigenthumsbeschränkung unnöthig machenden Eigenthumsübertragung ihre Erledigung.

Eigenthum am Ueberbau.

VII. Liegen die Voraussetzungen für die gesetzliche Duldungspflicht vor, so ist das hinüberreichende Gebäude von dem Bauenden in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstücke in seinem Interesse mit dem fremden Grundstücke verbunden; folglich trifft die in § 785 bestimmte Ausnahme von dem Satze superficies solo cedit zu.

Hinüberragen von Zweigen und Wurzeln.

§ 861.

Negatorischer Anspruch des beeinträchtigten Eigenthümers.

Der erste Satz des § 861 weist darauf hin, daß der Eigenthümer die Beseitigung herüberragender Wurzeln und Zweige mit der negatorischen Eigenthumsklage (§ 943) verlangen kann, vornehmlich um deswillen, damit erhelle, daß das im folgenden Satze bestimmte Selbsthülferecht neben den gewöhnlichen Rechtsbehelf trete und nicht, wie in der preußischen Doktrin behauptet wird [1]),

[1]) Vergl. Förster-Eccius Bd. 3 § 173 Note 42.

den ausschließlichen Schutz des Nachbarn bilde. Das Hinüberwachsen von Zweigen und Wurzeln ist zwar nur eine indirekte Immission und nicht die unmittelbare Folge einer menschlichen Thätigkeit; dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß das Haben derartiger Projektionen eine Beeinträchtigung des nachbarlichen Eigenthumes ist. Eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, daß der Nachbar derartige Projektionen von einer gewissen Höhe an — quindecim pedes a terra altius — zu dulden habe, wird wohl zuweilen in der gemeinrechtlichen Doktrin und als Konsequenz partikulärer Vorschriften, welche die Befugniß zur eigenmächtigen Beseitigung nur bis zu einer gewissen Höhe reichen lassen, behauptet, ist aber in den modernen Gesetzgebungen nicht anerkannt.

Selbsthülferecht des Eigenthümers.

Da das Hinüberragen von Zweigen und Wurzeln nicht ein Akt verbotener Eigenmacht ist, gegen welchen man sich mit Gewalt vertheidigen darf, so würde der Nachbar, wenn das Gesetz schwiege, auf das negatorische Rechtsmittel beschränkt sein. Das gemeine Recht bestimmt für die Wurzelbeseitigung nichts Besonderes[1]); die Beseitigung des Ueberhanges wird durch das interdictum de arboribus caedendis dahin geregelt, daß, wenn der Eigenthümer des Baumes, welcher seine Zweige über ein Ackergrundstück quindecim pedes a terra altius oder welcher seine Zweige über ein Haus vorstreckt, den Ueberhang nicht selbst beseitigt, der Nachbar den Ueberhang abhauen und sich aneignen darf. Das preuß. A. L. R. giebt dem Nachbar das Recht auf eigenmächtige Beseitigung der überragenden Zweige und Wurzeln ohne Aneignungsbefugniß[2]). Der code civil giebt nur die Befugniß, die Wurzeln abzustoßen[3]). Das sächs. G. B.[4]) stimmt mit dem preuß. Rechte überein, nur daß die abgestoßenen Wurzeln dem Nachbar gehören sollen.

Der Entwurf erwähnt neben den Bäumen auch noch die Sträucher, damit klar gestellt werde, daß auf die botanische Bezeichnung nichts ankomme, und weil der Ueberhang bei Sträuchern, namentlich bei lebendigen Hecken, besonders häufig vorkommt. Ferner entscheidet sich der Entwurf für die Befugniß der eigenmächtigen Beseitigung sowohl in Ansehung der Zweige als in Ansehung der Wurzeln und ohne Beschränkung auf die niedrigeren Zweige, weil es an einem genügenden Grunde für Unterscheidungen dieser Art fehlt und solche Unterschiede die praktische Anwendung des Gesetzes erschweren. Durch das aufgestellte Erforderniß der vorherigen Aufforderung und durch die für die eigene Beseitigung gegebene Frist wird ein jedes Bedenken, daß dem Eigenthümer des Baumes zu nahe getreten werde, beseitigt. Die weitere Bestimmung der Befugniß des Nachbarn, die abgetrennten Stücke sich zuzueignen, hat den Vorzug der Einfachheit und entspricht der Billigkeit, da dem Zueignenden die Mühe der Abtrennung obgelegen hat.

---

[1]) L. 6 § 2 D. arb. furt. caes. 47,7.

[2]) I, 9 §§ 287, 288.

[3]) Art. 672.

[4]) § 362; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 198; hess. Entw. II, 3 Art 81, großh hess. Ges. v. 23. Januar 1861, betr. die Entfernung der Baumpflanzungen; österr. G. B. § 422; zür. G. B. §§ 589—591.

Ueberfall von Baumfrüchten.

§ 862.

Geltendes Recht.

Das röm. Recht hat die Eigenthumsbeschränkung, daß bei überhängenden Fruchtbäumen dem Eigenthümer derselben tertio quoque die das Betreten des Nachbargrundstückes zum Zwecke des Abholens hinübergefallener Baumfrüchte gestattet werden soll. Das preuß. Recht spricht dem Nachbar nicht nur den Ueberfall zu, sondern giebt ihm auch das Recht, die in seinem Gebiete an den Zweigen wachsenden Früchte abzubrechen, soweit der Eigenthümer sie nicht sammeln kann, ohne des Nachbarn Grund zu berühren[1]). Der code civil schweigt. Das sächs. G. B. § 363 giebt das Recht auf den Ueberfall, das zür. G. B. § 591 das Recht auf den Anries, d. h. das Recht, die überhängenden Früchte zu gewinnen und die überfallenden zu behalten.

Standpunkt des Entw.

Der Entwurf, welcher den Ausdruck „Frucht" hier in dem natürlichen Sinne, nicht in dem Sinne des Gesetzes, gebraucht, sieht von einem Rechte an den hängenden Früchten ab, da hiermit ihre Eigenschaft als wesentliche Bestandtheile nicht wohl vereinbar wäre. Das Recht auf den Ueberfall bestimmt der Entwurf, um nachbarlichen Streitigkeiten wegen des Auflesens der Früchte vorzubeugen. Der Entwurf spricht nicht dem Eigenthümer des Nachbargrundstückes den Ueberfall zu, weil eine solche Ausdrucksweise leicht zu Mißverständnissen führen könnte. Indem die übergefallenen Früchte den von dem diesseitigen Grundstücke getrennten Früchten gleichgesetzt werden, sind für die Frage nach dem Erwerbe des Ueberfalles diejenigen Vorschriften entscheidend, welche den Erwerb des Eigenthumes an Erzeugnissen seitens des Eigenthümers, des redlichen Besitzers und der Nutzungsberechtigten kraft dinglichen oder obligatorischen Rechtes betreffen (§§ 898—902).

Nothweg.

§ 863.

Geltendes Recht.

I. Für den Eigenthümer eines Grundstückes kann ein unverschuldeter Nothstand entstehen, wenn durch Umstände, welche ihm nicht als verschuldete zuzurechnen sind, z. B. in Folge elementarer Ereignisse, die Verbindung zwischen dem öffentlichen Wegenetze und seinem Grundstücke dergestalt abgeschnitten wird, daß der Eigenthümer nur unter Benutzung fremder Grundstücke zu dem öffentlichen Wege gelangen kann. Das geltende Recht hilft durch das Institut des Nothweges.

Der im röm. Rechte sich findende Ausgangspunkt dieses Institutes ist singulärer Natur. Nach l. 12 D. de relig. (11, 7) soll, wenn keine Servitut bestellt ist und man um deswillen nicht zu einem locus religiosus gelangen kann, zu dessen Gebrauche man nach den besonderen Vorschriften über die res religiosae befugt ist, zwar keine actio civilis gegeben werden, aber es soll doch ein Verfahren vor dem Richter von dem praeses provinciae angeordnet

[1]) A. L. R. I, 9 § 289.

werden, welches die Zugänglichkeit justo pretio verſchafft. Die gemeinrechtliche Praxis hat dieſe Vorſchrift benutzt, um eine beſondere richterliche Enteignungsgewalt anzunehmen, damit im Allgemeinen bei jedem Grundſtücke das Bedürfniß eines nothwendigen Zuganges durch die Schaffung eines Wegerechtes mittels richterlichen Urtheiles befriedigt werde[1]). Das preuß. Recht geht noch weiter, als die gemeinrechtliche Praxis, indem es nicht nur den Nothweg, ſondern im Allgemeinen die Nothſervitut kennt, als eine ſolche Einſchränkung des Eigenthümers eines Grundſtückes, „ohne welche ein anderes Grundſtück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar ſein würde", und indem ferner unter Umſtänden auch Verbeſſerungshalber die Nothſervitut verlangt werden kann[2]). In der preuß. Doktrin werden die Fragen, ob der Richterſpruch die Nothſervitut zwiſchen den beiden Nachbarn, welche vorher in keinem, auch nicht einem obligatoriſchen Rechtsverhältniſſe ſtanden, ſchafft, oder ob aus einer geſetzlichen Obligation auf Beſtellung einer Servitut geklagt wird, nicht ſtreng unterſchieden[3]).

Das franz. Recht unterſcheidet ſich von dem gemeinen und auch wohl von dem preuß. Rechte dadurch, daß der Nothſtand die Vorausſetzung iſt, unter welcher die geſetzliche Pflicht des Nachbarn, den Zugang über ſein Grundſtück zu dulden, zur Entſtehung kommt[4]).

Das ſächſ. G. B. beſtimmt: § 345. „Der Eigenthümer eines Grundſtückes kann von ſeinen Nachbarn die Geſtattung eines Weges über ihre Grundſtücke verlangen, wenn ohne ſolchen die wirthſchaftliche Benutzung ſeines Grundſtückes nicht möglich iſt oder wenn der Aufwand für die Anlegung eines anderen, als des von ihm verlangten Weges, oder die aus dem Gebrauche eines anderen Weges entſtehende Beſchwerde zu dem Nutzen, welchen ſein Grundſtück gewährt, in keinem Verhältniſſe ſtehen würde. Für die Geſtattung des Weges hat der Eigenthümer Entſchädigung zu leiſten". — § 346. „Eine willkürliche Aenderung in der Benutzung des Grundſtückes oder das perſönliche Bedürfniß des Eigenthümers berechtigt nicht zu dem Verlangen eines Nothweges". — § 347. „Der Nothweg iſt auf das Bedürfniß des Grundſtückes zu beſchränken und ſeine Richtung ſo feſtzuſtellen, daß auf der einen Seite die Grundſtücke, über welche er führt, möglichſt wenig beläſtigt, auf der anderen Seite aber dem, welcher den Weg verlangt, nicht unverhältnißmäßige Koſten verurſacht werden".

---

[1]) Seuffert's Arch. 1,177; 6,156; 13,211; 14,114.

[2]) A. L. R. I, 22 §§ 3—10.

[3]) Dernburg Bd. 1 § 297; Förſter-Eccius Bd. 3 § 187.

[4]) Code civil Art. 682: „Le propriétaire, dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner". Aubry et Rau, Cours de droit ſagt: „La servitude de passage est, en principe, imposée à tous les fonds voisins de l'héritage enclavée autres que ceux qui font partie du domaine public, qu'elles que soient d'ailleurs la nature physique de ces fonds et leur condition juridique".

II. Was die Konstruktion anbelangt, so lehnt der Entwurf ab, von dem Gesichtspunkte einer Expropriation und einer Expropriation durch den Richter[1]) auszugehen. Die Gründe sind dieselben, welche in dem Falle des § 857 gegen eine solche Konstruktion entschieden haben. Ebenso wird die Konstruktion des Rechtes auf den Nothweg als einer gesetzlichen Obligation[2]) abgelehnt; denn eine solche Obligation würde viel Anomales haben und, um ihrem Zwecke zu genügen, einen dinglichen Karakter annehmen müssen. Einfacher wird diesem Zwecke dadurch genügt, daß man mit dem franz. Rechte alle umliegenden Grundstücke der gesetzlichen Beschränkung unterwirft, daß bei Eintritt des im Gesetze seinen Voraussetzungen nach näher zu bestimmenden Nothfalles der Zugang zu gewähren ist und mit dieser Duldungspflicht ein Recht auf Entschädigung eintritt. Konstruktion

Bei einer solchen Konstruktion bleibt man in Uebereinstimmung mit der den Bestimmungen des § 857 zu Grunde liegenden Konstruktion. Die beiden Nothfälle des § 857 und des § 863 sind nur insofern thatsächlich verschieden, als bei dem Grenzüberbau der Eigenthümer des Gebäudes fremdes Terrain bereits in seine Inhabung und Benutzung genommen hat, während das Benutzungsrecht des Wegebedürftigen nur im Prinzipe feststeht und seinem konkreten Inhalte und Umfange nach noch zu ermitteln ist.

III. Als Voraussetzung für den Eintritt der gesetzlichen Duldungspflicht bestimmt der Entwurf das Vorliegen einer unverschuldeten Zugangsnoth. Die Abwesenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist aus denselben Gründen zu verlangen, wie im Falle des § 857. Der dortigen Grenzüberschreitung steht der Eintritt der Zugangsnoth gleich. Hieraus folgt, daß, wenn dieser Eintritt seiner Zeit von dem Eigenthümer verschuldet war, auch die Rechtsnachfolger des Eigenthümers hierunter zu leiden haben. Der Umfang des Zugangsbedürfnisses wird durch das objektive Merkmal der bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstückes bestimmt. Es ist nicht erforderlich, daß das nothleidende Grundstück von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege durch zwischenliegende, einer Wegeservitut nicht unterworfene Ländereien absolut abgeschlossen sei; es genügt vielmehr, daß die nach Beschaffenheit des Grundstückes nothwendige Verbindung fehlt. Zugangsnoth.

Der Zugangsnothstand kann insbesondere dadurch herbeigeführt sein, daß bei Parzellirungen unbedachter Weise ein Wegerecht an dem abveräußerten oder zurückbehaltenen Grundstücke nicht bestellt ist, welches das Hinterland mit dem öffentlichen Wege verbindet. Ein Bedürfniß, durch eine Ausnahmevorschrift für diesen Fall, was das Verhältniß unter den Kontrahenten betrifft, von dem Erfordernisse des Mangels einer Verschuldung abzusehen, liegt nicht vor, zumal in vielen Fällen die Auslegung des obligatorischen Vertrages eine Verpflichtung zur Gewährung eines Weges ergeben wird.

IV. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß die umliegenden Nachbarn, welche das Grundstück von der Verbindung mit dem öffentlichen Duldungspflicht der Nachbarn.

---

[1]) Das Berner Civ. G. B. läßt den „Oberamtmann" als „Administrativrichter" entscheiden.

[2]) Bayr. Entw. III Art. 183: „Anspruch auf Einräumung einer Wegedienstbarkeit".

Wege trennen, also unter Umständen auch die mittelbaren Nachbarn die nach der objektiven Beschaffenheit des Grundstückes erforderliche Wegebenutzung zu dulden haben. Die umliegenden Grundstücke werden also kraft Gesetzes für dienstbar erklärt und die Frage, wer dieses subjektiv dinglich mit dem herrschenden Grundstücke verbundene Recht geltend zu machen und auszuüben befugt sei, beurtheilt sich in analoger Weise wie bei den Grunddienstbarkeiten. Dieses Recht besteht mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen und wird nicht etwa durch einen Urtheilsspruch des Richters erst begründet. Das Gesetz kann die Voraussetzungen des Nothrechtes nicht so bestimmen, daß ein individualisirter Inhalt desselben sich ergiebt; es kann vielmehr nur bestimmen, daß die zu der Verbindung mit dem öffentlichen Wege nothwendige Wegebenutzung zu dulden ist. Die nähere Individualisirung dieses Rechtsinhaltes kann nur durch die Bestimmung des Richters nach freiem Ermessen geschehen. In einem solchen richterlichen Urtheile braucht man nicht einen konstitutiven Akt zu finden, sondern man kann die nur deklaratorische Natur des richterlichen Urtheiles auch in dem vorliegenden Falle festhalten; denn das Gesetz schafft das Benutzungsrecht und das gleichzeitig eintretende Entschädigungsrecht; nur die Feststellung des konkreten Inhaltes dieser Rechte, wie solcher Inhalt von den Parteien behauptet wird, bleibt dem Richter überlassen.

Entschädigung.

V. Mit der Duldungspflicht ist hier, wie in dem Falle des § 857 ein Entschädigungsrecht zu verbinden, welches demjenigen zustehen muß, der kraft seines Rechtes am Grundstücke zum Verbieten berechtigt sein würde und durch die Duldungspflicht eine Beeinträchtigung erfährt. Wegen der Aehnlichkeit der Fälle wird das Entschädigungsrecht in analoger Weise zu konstruiren sein. Der thatsächliche Unterschied, daß in jenem Falle der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes den von der Eigenthumsbeschränkung getroffenen Theil des dienenden Grundstückes inne hat und in der Vertheidigungslage sich befindet, während im vorliegenden Falle das umgekehrte Verhältniß eintritt, rechtfertigt keine Besonderheiten, namentlich nicht die Besonderheit, daß der Eigenthümer des mit dem Nothwege belasteten Grundstückes für befugt erklärt wird, der Ausübung des Rechtes zu widersprechen, wenn und so lange die Rentenzahlung im Rückstande ist. Eine solche Art des Retentionsrechtes ist für den Rentenberechtigten zu dessen Sicherheit nicht erforderlich und würde für den Wegeberechtigten gefährlich sein und leicht zu Streitigkeiten führen.

Possessorischer Schutz.

VI. Die Vorschriften über den possessorischen Servitutenschutz finden, wenn auch im Uebrigen die Analogie zwischen dem Nothwege und den Servituten nicht zu leugnen ist, doch um deswillen keine Anwendung, weil das für diesen Schutz in § 979 vorgeschriebene Erforderniß der Eintragung fehlt[1]).

Bestellung einer Dienstbarkeit.

VII. Eine Bestimmung, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstückes der gesetzlichen Beschränkung seines Eigenthumes dadurch ledig werden könne, daß er zur vertragsmäßigen Bestellung eines dem Wegebedürfnisse genügenden Rechtes gegen Kapitalentschädigung sich erbietet, hat der Entwurf nicht auf-

[1]) Nach franz. Rechte ist ein possessorischer Schutz des Nothweges anzunehmen; vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 6 S. 324 i. A.

genommen. Ein in dieſer Weiſe zu beſtellendes Wegerecht würde dem Bedürfniſſe nur genügen, wenn es durch die Einwilligung aller Realberechtigten den Vorrang vor deren Rechten erhielte. Dieſer Umſtand erſchwert für den Wegepflichtigen den Gebrauch dieſes Aushülfsmittels. Andererſeits würde dieſer Ausweg auch für den Wegeberechtigten leicht drückend werden, da ſein Bedürfniß vielleicht ein nur vorübergehendes iſt, dieſer Umſtand aber bei Bemeſſung der Kapitalentſchädigung nicht in Rückſicht genommen werden kann. An eine fakultative Eigenthumsabtretung, wie im Falle des § 859, iſt von vornherein nicht zu denken, da dieſelbe dem Wegebedürftigen mehr, als erforderlich, und dies zu einem unverhältnißmäßig hohen Preiſe geben würde.

Dauer der Zugangsnoth.

VIII. Aus der beſtimmten Vorausſetzung der geſetzlichen Wegeberechtigung ergiebt ſich zur Genüge die Dauer derſelben und deren Beendigung, wenn z. B. durch Anlegung eines öffentlichen Weges dem Bedürfniſſe abgeholfen iſt.

Verträge.

IX. Die wirthſchaftliche Nothwendigkeit eines Weges kann bei Verträgen als Auslegungsmoment in Betracht kommen, insbeſondere wenn es ſich darum handelt, ob bei Begründung eines Dienſtbarkeitsrechtes der erforderliche Zugang als adminiculum servitutis mitbewilligt iſt oder ob im Falle von Parzellirungen für das in Folge derſelben vom öffentlichen Wege abgeſchnittene Hinterland eine Verbindlichkeit zur Beſtellung eines Wegerechtes als ausbedungen zu gelten hat. Das ſächſ. G. B. §§ 348, 349 und der bayr. Entw. III Art. 185 bringen im Nachbarrechte Vorſchriften, welche eine Auslegung in dem angedeuteten Sinne vorſchreiben. Jedenfalls ſind ſolche Beſtimmungen im Nachbarrechte nicht an ihrer Stelle. Es beſteht aber auch überhaupt kein Bedürfniß, derartige Beſtimmungen etwa in die Abſchnitte über Kauf bezw. Grunddienſtbarkeiten aufzunehmen, da die in § 73 gebotene Erforſchung des wirklichen Willens im einzelnen Falle auch ohne Spezialanweiſung zu einem richtigen Reſultate führen wird.

Verbotene Anlagen.

§ 864.

Die in Betracht kommenden Anlagen.

Der Entwurf erklärt die Errichtung und Haltung gewiſſer Anlagen für verboten, obgleich zur Zeit noch keine durch die Anlagen vermittelte unzuläſſige Einwirkung auf das Nachbargrundſtück vorliegt. Die Vorſchrift enthält ein Prinzip, welches einer gewiſſen Kategorie von Spezialbeſtimmungen des geltenden Rechtes entnommen iſt.

Spezialvorſchriften des geltenden Rechtes.

Es giebt eine Menge von Anlagen, bei deren Errichtung der Eigenthümer derſelben ſich zwar noch ſtreng innerhalb der Grenzen ſeines Eigenthumes hält, welche indeſſen im Laufe der Zeit, ſei es, daß ſie ſelbſtthätig funktioniren, ſei es, daß ſie ihrem Zwecke gemäß benutzt werden, zu unzuläſſigen Einwirkungen führen.

Pflanzenanlagen, welche in der Nähe der Grenze errichtet werden, laſſen unter Umſtänden eine künftige Grenzüberſchreitung bei dem weiteren Wachsthume der Pflanzen vorausſehen. Vielfach wird deshalb die Einhaltung einer

gewiſſen Entfernung geboten[1]). In das ſächſ. G. B. hat man abſichtlich derartige Beſtimmungen nicht aufgenommen[2]), weil eine für alle Fälle paſſende Fixirung der Entfernung nicht möglich iſt. Häufiger ſind Präventivverbote gegen andere Anlagen. Das röm. Recht kennt dergleichen nicht. Bei Eintritt von Rechtsverletzungen, z. B. bei ſchädlicher Einwirkung durch sterculinum, focus, furnus, tubuli, wird die actio negatoria gegeben. Des eventuellen Schadenserſatzes kann man ſich durch cautio damni infecti verſichern. Dagegen findet ſich im deutſchen Rechte ſchon früh die Vorſchrift, daß gewiſſe Anlagen nur in einer gewiſſen Entfernung von der Grenze errichtet werden dürfen. So im Sachſenſpiegel[3]): „Oven und gang (Kloaken, Abtritte) und Swinekoben solen dre vote vomme tune stan“. Dem ſchließen ſich die neueren Geſetzgebungen an. Neben der Einhaltung von Entfernungen werden Sicherheitsvorkehrungen vorgeſchrieben[4]).

Spezialbeſtimmungen, welche, von der beſonderen Natur der einzelnen Arten von Anlagen ausgehend, die Einhaltung von Abſtänden gebieten und Vorſichtsmaßregeln auferlegen, können in einem Geſetzbuche für das Deutſche Reich nicht wohl gegeben werden; denn ſolche Beſtimmungen müſſen nach den lokalen Verſchiedenheiten verſchieden ausfallen; auch ändern ſich nicht ſelten die Verhältniſſe, und dieſen Aenderungen haben die Spezialbeſtimmungen ſich anzupaſſen. Die Partikulargeſetzgebung iſt beſſer befähigt, im Falle des Bedürfniſſes durch Spezialvorſchriften einzugreifen; der Vorbehalt des § 866 ermächtigt ſie nach beiden Seiten, zu Gunſten des Grundſtückes, auf welchem die Anlagen ſich befinden, und zu Gunſten der Nachbargrundſtücke, weitergehende Eigenthumsbeſchränkungen zu beſtimmen. Vielfach, vielleicht überwiegend, wird nicht die partikuläre Zivilgeſetzgebung, ſondern die Polizeigeſetzgebung eingreifen.

Standpunkt des Entw.

Wenn indeſſen der Entwurf ganz ſchwiege, ſo könnten leicht beim Fehlen partikulärer Spezialbeſtimmungen fühlbare Lücken entſtehen. Bei Anlagen, welche ihre Wirkungen allmählich und unter kaum merklichen Fortſchritten auf das Nachbargebiet erſtrecken, wird die Lage beider Theile verſchlimmert, wenn erſt das Vorliegen einer grenzüberſchreitenden Beeinträchtigung konſtatirt werden muß, da die Erlangung der Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes für den Beeinträchtigten erſchwert und die Reſtitution für den anderen Theil mit größeren Mühen und Koſten verbunden ſein wird. Aus dieſem Grunde rechtfertigt ſich ein prinzipielles und allgemeines Präventivverbot, welches die von der Anlage ausgehenden Wirkungen, bevor ſie die Grenze überſchreiten und fremdes Recht verletzen, zu verhüten ſucht, indem die Errichtung oder Haltung

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 8 § 174; code civil Art. 671, 672 Abſ. 2; heſſ. Geſ. v. 23. Januar 1861, betr. die Entfernung der Baumpflanzungen; zür. G. B. § 583; vergl. auch heſſ. Entw. II, 3 Art. 80, bayr. Entw. III Art. 197.

[2]) Vergl. die von Siebenhaar zu § 361 angeführte Stelle der Motive.

[3]) II, 51 § 1. Ebenſo im magdeb. Weichbildrecht Art. 122 und lüb. R. III, 12 Art. 50.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 8 §§ 125—129, 131, 133; code civil Art. 674; ſächſ. G. B. § 359; neue württemb. Bauordn. Art. 62; vergl. heſſ. Entw. II, 3 Art. 78.

der Anlage verboten wird. Vorausgesetzt wird der Nachweis, daß die Anlage bei ihrer Benutzung unzulässige Einwirkungen zur nothwendigen, wenn auch nur allmählich hervortretenden Folge hat; die auf die bloße Möglichkeit sich gründende Besorgniß derartiger Einwirkungen genügt nicht. Anderenfalls würde der Eigenthümer der Anlage in der Benutzung seines Grundstückes in ungebührlicher Weise beschränkt werden, und es würden sich Unzuträglichkeiten insbesondere für den Fabrik- und Gewerbebetrieb ergeben. Die besondere Eigenthumsbeschränkung liegt darin, daß das Herstellen und Halten von Anlagen mit künftiger unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück verboten wird. Man kann bei den verbotenen Anlagen solche unterscheiden, welche selbst, ohne Hinzutritt einer weiteren menschlichen Thätigkeit, funktioniren, wie Pflanzenanlagen, welche mit ihren Wurzeln bei dem naturgemäßen Wachsthume das nachbarliche Erdreich aussaugen, oder wasserführende Gräben und Kanäle, welche Feuchtigkeit mittheilen; und solche Anlagen, welche nur, wenn sie in Funktion gesetzt werden, einwirken. Nicht nur die Anlagen ersterer, sondern auch die Anlagen letzterer Art werden von der Vorschrift getroffen. Der Schutz des Bedrohten muß so weit gehen, weil die dem Zwecke der Anlage entsprechende Benutzung mit Sicherheit zu erwarten ist, und dem Eigenthümer der Anlage geschieht nicht zu viel, weil eine Anlage, deren Gebrauch verwehrt ist, ohne Nutzen für ihn sein würde.

Das Verbot richtet sich gegen einen Jeden; die dolose oder kulpose Uebertretung des Verbotes erzeugt die Verbindlichkeit aus unerlaubter Handlung nach § 704 Abs. 2 sowie die Haftung des Uebertreters wegen der mit der Negatorienklage zu verlangenden Restitution. Da indessen das Verbot nicht voraussetzt, daß bereits unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück stattgefunden haben, vielmehr, wenn dieses der Fall ist, schon abgesehen von der Vorschrift dieses Paragraphen nach allgemeinen Grundsätzen gehaftet wird, so bringt das Verbot im Falle seiner zur Zeit noch nicht mit einer Schadensstiftung verbundenen Verletzung nur den besonderen Anspruch hervor, daß die künftig schadende Anlage zu beseitigen ist. Dieser Anspruch ist eine Gestaltung des negatorischen Eigenthumsanspruches, bei dessen Erörterung sich finden wird, inwieweit der Inhaber der Anlage, von welchem allein die Beseitigung derselben erwartet und gefordert werden kann, zu der bloßen Duldung der Beseitigung oder zu der eigenen Vornahme derselben gehalten ist.

Verbotenes Vertiefen des Erdbodens.

§ 865.

Geltendes Recht.

Im röm. Rechte wird im Falle des gefährlichen Grabens in der Nähe der Grenze nur der Anspruch auf cautio damni infecti gegeben. Im preuß. Rechte[1]) ist bestimmt: „Erniedrigt Jemand seinen Grund und Boden durch Anlegung eines Grabens oder sonst, so muß ein Wall von drei Fuß breit gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleiben". Der code civil Art. 674 geht von

[1]) A. L. R. I, 8 § 187.

dem allgemeinen Prinzipe aus, daß Niemand auf seinem Grundstücke eine für das angrenzende Grundstück gefährliche oder nachtheilige Anlage machen darf, und rechnet zu solchen Anlagen auch einfache „excavations". Die Feststellung von gesetzlichen Vorsichtsregeln über den Abstand wird den réglements et usages particuliers überlassen. Das sächs. G. B. § 360 bestimmt: „Wer sein Grundstück ausgraben, tiefer legen oder durch einen Graben von dem Grundstücke seines Nachbars trennen will, muß eine solche Böschung oder Vorrichtung bilden, daß dessen Grund und Boden nicht nachstürzen kann". Aehnlich die württemb. Bau O. Art. 62.

Standpunkt des Entwurfes

Man kann verschiedener Ansicht sein, ob bei dem Graben in die Tiefe, wenn der Eigenthümer sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen seines Eigenthumes hält, ein zu besorgendes Nachstürzen des nachbarlichen Erdreiches dem Grabenden nicht zuzurechnen, sondern an sich als Folge des Mangels an Konsistenz des Nachbargrundstückes, welchem Mangel abzuhelfen Sache des Nachbarn bleibe, anzusehen sei, oder ob die durch Graben in die Tiefe erfolgende Einwirkung einer durch Erschütterung erfolgenden Einwirkung gleichzusetzen sei. Wäre die letztere Meinung richtig, so würde die Vertiefung mit vorauszusehendem Nachsturze schon durch das Verbot des vorigen Paragraphen getroffen werden. Der Unterschied in der Auffassung ist mehr theoretischer Natur. Jedenfalls ist der gefährdete Eigenthümer in ähnlicher Weise zu schützen, wie im Falle des § 864. Der Verdeutlichung wegen ist hinzugefügt, daß, wenn für eine die Stützung durch das beseitigte Erdreich ersetzende, genügende anderweite Befestigung gesorgt wird, die Vertiefung somit ihren Einfluß auf das Nachbargrundstück verliert, das Verbot nicht weiter Platz greift.

Die dolose oder kulpose Uebertretung der Vorschrift des § 865 ist ein gegen den Eigenthümer sich richtendes Delikt. Zeigt sich die Gefahr des Nachsturzes erst später und war dieselbe bei Anlegung der Vertiefung auch bei sorgfältiger Prüfung nicht vorauszusehen, so kann nur das spätere Unterlassen der Fürsorge für eine genügende Befestigung den Karakter einer unerlaubten Handlung annehmen.

Vorbehalt für die Landesgesetze.

§ 866.

Die Vorschrift wird durch das S. 259 Bemerkte gerechtfertigt.

Recht auf Abholen einer beweglichen Sache von einem fremden Grundstücke.

§ 867.

Bedürfniß einer Vorschrift.

Derjenige, welchem das Recht auf die Inhabung einer beweglichen Sache zusteht, kann in der Verfolgung dieses seines Rechtes dadurch gehindert werden, daß die Sache durch irgend welche Umstände auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, dessen Inhaber das Betreten des Grundstückes und die Vornahme der zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache

erforderlichen Handlungen nicht geſtattet. Iſt die bewegliche Sache in die Inhabung oder den Beſitz einer anderen Perſon gekommen, ſo wird dem Vindikationsberechtigten durch die Vorſchrift über die Herausgabepflicht des Vindikationsbeklagten (§ 929) geholfen. Kann aber der Vindikationsberechtigte die Inhabung oder den Beſitz einer anderen Perſon nicht behaupten, während er durch die Verweigerung des Zutrittes an der Verwirklichung ſeines Rechtes gehindert wird, ſo iſt weder die Beſitzklage (§ 819), noch die condictio possessionis (§ 737 Abſ. 3), noch der Anſpruch auf Herausgabe aus dinglichem Rechte begründet.

Geltendes Recht.

Im gemeinen Rechte hilft die actio ad exhibendum gegenüber einem Nichtinhaber[1]) der beweglichen Sache, welcher den Zutritt verweigert, wenigſtens ſoweit, daß demjenigen, welcher das erforderliche rechtliche Intereſſe nachweiſt, exhibirt werden muß. Die Exhibitionspflicht enthält nicht die Pflicht zur Geſtattung der Wegnahme. Indeſſen geht die in der gemeinrechtlichen Doktrin herrſchende Meinung dahin, daß der Exhibitionspflichtige durch die Exhibition in die Lage verſetzt werde, entweder die Wegnahme der Sache gegen cautio de damno futuro et praeterito zu geſtatten oder der Sache ſich anzunehmen und der Beklagtenrolle in dem nunmehr ermöglichten und zu erwartenden Vindikationsprozeſſe ſich zu unterziehen.

Das preuß. A. L. R.[2]) kennt für einzelne der einſchlagenden Fälle ein beſonderes Betretungsrecht, um übergetretene Bienenſchwärme, hinübergeſchwemmte Fiſche, hinübergeworfene Bäumſtämme ſich zu holen.

Von den modernen Geſetzgebungsarbeiten enthält nur der bayr. Entw. im II. Theil Beſtimmungen allgemeiner Natur, welche lauten:

Art. 971. „Iſt auf ein Grundſtück ohne Zuthun des Beſitzers desſelben durch Zufall eine fremde bewegliche Sache gekommen, ſo hat dieſer, ſoweit ihm nicht aus beſonderen Gründen ein Rückbehaltungsrecht an derſelben zuſteht, dem Eigenthümer der Sache die Wegnahme und Fortſchaffung zu geſtatten.

Sofern hierbei die Gefahr einer Beſchädigung des Grundſtückes begründet erſcheint, liegt dem Beſitzer die im Abſ. 1 bezeichnete Verpflichtung nur nach vorgängiger Sicherheitsleiſtung für den zu beſorgenden Schaden ob".

Art. 972. „Hat in dem Fall des Art. 971 die Sache dem Beſitzer des Grundſtückes Schaden zugefügt, ſo braucht er die Wegnahme nur gegen Erſatz jenes Schadens zu geſtatten".

Die Aufnahme ähnlicher Beſtimmungen iſt bei der Berathung des dresd. Entw. abgelehnt worden, weil die condictio sine causa (dresd. Entw. Art. 1003) genüge.

Zur Rechtfertigung des vorliegenden Entwurfes iſt Folgendes zu bemerken:

Voraussetzung des Rechtes zum Abholen.

I. Vorausſetzung der Rechtsnorm iſt, daß die bewegliche Sache in dem Gebiete eines fremden Grundſtückes ſich befindet. Die Art und Weiſe, wie die Sache in das fremde Gebiet gelangt iſt, ob insbeſondere durch Zufall oder durch Zuthun des Eigenthümers derſelben, bleibt gleichgültig; denn man kann

[1]) „Teneberis ad exhibendum licet non possidens" l. 5 § 5 D. ad exhib. (10, 4).

[2]) I, 9 §§ 122, 178, 293—296.

eine etwaige culpa in propriis nicht mit der Abschneidung der Rechtsverfolgung bestrafen. Liegt nicht nur ein zuständliches Sichbefinden der beweglichen Sache in fremdem Gebiete vor, sondern ist dieselbe in der Inhabung einer anderen Person, so hat der Eigenthümer derselben nach den Vorschriften über den Eigenthumsanspruch gegen den Inhaber oder Besitzer der Sache weitergehende Ansprüche, und die hier gegebene Vorschrift kommt nicht in Betracht.

Duldungspflicht des Eigenthümers des Grundstückes,

II. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß dem Eigenthümer des Grundstückes eine gesetzliche Pflicht zur Duldung gegen Entschädigung auferlegt wird.

Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

des Inhabers.

1. Durch die Bezeichnung des Eigenthümers des Grundstückes als des Duldungspflichtigen wird per argumentum a potiori jeder Inhaber bezeichnet (vergl. § 856). Die wirksame Versagung oder Ertheilung der Zutrittserlaubniß steht nach § 814 bei dem Inhaber und nicht bei dem Besitzer oder Eigenthümer, wenn solche nicht zugleich Inhaber sind. Dessen ungeachtet wird die gewählte Bezeichnung nicht zu bemängeln sein, da die Auffassung der bestimmten Duldungspflicht als einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung berechtigt ist und für die Aufnahme der Vorschrift an dieser Stelle spricht. Die Exhibitionspflicht des Entwurfes (§ 774) setzt Besitz oder Inhabung des Pflichtigen voraus.

Zutrittsberechtigung.

2. Die Zutrittsberechtigung anbelangend kommt einerseits in Betracht, daß der Inhaber des Grundstückes, da er die fremde bewegliche Sache nicht in seine thatsächliche Gewalt genommen hat und deshalb auch nicht, wie der Finder und der unredliche Besitzer, in ein Schuldverhältniß zu dem dinglich Berechtigten getreten ist, die Wegnahme der Sache ohne Gefahr dulden kann und um die Legitimation des Wegnehmenden sich nicht zu bekümmern braucht. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß durch die Verweigerung des Zutrittes die Fortsetzung der bisherigen Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die bewegliche Sache unterbrochen und entweder dem bisherigen Inhaber die thatsächliche Gewalt entzogen oder, wenn die Sache bereits durch diejenige Thatsache, welche sie auf das Grundstück brachte, z. B. durch die Wegschwemmung oder das Verlaufen des Thieres, der bisherigen Inhabung entzogen war, doch die Wiederbemächtigung abgeschnitten wird. Es würde zu der größten Unbilligkeit führen, wenn die thatsächliche Gewalt über das Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln. Der Entwurf stellt aus diesem Grunde den Satz auf, daß der bisherige Inhaber der beweglichen Sache derselben auf fremdes Gebiet folgen darf. Neben dem bisherigen Inhaber war aber auch der Eigenthümer zu erwähnen, weil dieser dem Inhaber vorgeht und dem Inhaber selbst die Sache abfordern kann.

Entschädigung.

3. Da der Duldungspflichtige, wie im Falle des Nothweges, nicht in seinem Vermögen beeinträchtigt werden soll, so ist der Zutrittsberechtigte entschädigungspflichtig und bei Voraussehbarkeit des Schadens, da der Duldungspflichtige nicht zu kreditiren braucht, auch kautionspflichtig.

Schaden

4. Für denjenigen Schaden, welcher durch die auf das Grundstück gelangte fremde Sache gestiftet ist, wird nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, insbesondere nach den Spezialvorschriften der §§ 734, 735

gehaftet. Eine Noralobligation der Sache hat der Entwurf abgelehnt, vergl. S. 259. Auch im vorliegenden Falle liegt kein Grund vor, Besonderheiten in Ansehung der Haftung für den durch die abzuholende Sache gestifteten Schaden zu bestimmen.

Zweiter Titel.

Erwerb des Eigenthumes an Grundstücken.

A. Der Standpunkt des Entwurfes im Allgemeinen.

I. Zahlreiche Landesgesetze, welche auf dem Grundbuchsysteme beruhen, leiten aus demselben die Regel ab, daß Eigenthum an einem Grundstücke nur durch Eintragung in das Grundbuch erworben werden könne, so namentlich das sächs. G. B. (§§ 276 ff.) und die dem sächsischen Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 nachgebildeten Gesetze für Altenburg (§ 2), Sondershausen und beide Reuß, ferner die mecklenb. Grundb. Gesetze[1]) und das hamb. Ges. über Grundeigenthum ꝛc. (§ 6). Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. dagegen unterliegen nur die Fälle der freiwilligen Veräußerung dem Eigenthumsprinzipe; außerhalb dieser Fälle bestimmt sich in Gemäßheit des § 5 die Erwerbung des Eigenthumes nach dem bisherigen Rechte, in welchem das Erforderniß der Eintragung für die Erwerbung nicht aufgestellt ist. Dasselbe gilt nach den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Schaumburg-Lippe[2]). I. Eintragungsprinzip

Die reichsgesetzliche Erhebung der Eintragung zur allgemeinen Erwerbungsart würde zwar eine gewisse Vereinfachung des Gesetzes zur Folge haben und die Fälle eines Widerspruches zwischen dem Grundbuche und der wirklichen Rechtslage vermindern. Aber sie ist nicht eine nothwendige Konsequenz des Grundbuchsystemes, so daß der Gesetzgeber sie als Regel aussprechen müßte und nur aus besonderen Gründen Abweichungen bestimmen dürfte. Vielmehr ist das Erforderniß der Eintragung positiver Natur und folglich für die Eigenthumserwerbung nur insoweit gerechtfertigt, als seine Zweckmäßigkeit in

---

[1]) Mecklenb. rev. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 5 und Ges. für den Privatgrundbesitz in den Domänen ꝛc. (Schwerin) v. 2. Januar 1854 § 7 und (Strelitz) v. 24. Dezember 1872 § 4. In demselben Sinne wird das Stockh. Ges. für das vormalige Herzogthum Nassau v. 15. Mai 1851 aufgefaßt. Wegen des Großherzogthumes Hessen vergl. das Ges. v. 21. Februar 1852.

[2]) Für Lippe (Detmold), in dessen Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. eine dem § 5 des preuß. Ges. entsprechende Bestimmung fehlt, siehe das Einf. Ges. v. 27. Juli 1882. In dem Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. für Sondershausen v. 2. August 1882 § 5 wird auf die bisherigen gesetzlichen Erwerbstitel verwiesen.

Ansehung der einzelnen Erwerbungsarten dargethan werden kann. Eine nähere Betrachtung der letzteren aber wird ergeben, daß die Zweckmäßigkeitsfrage nur für einige an dieser Stelle zu bejahen, für andere dagegen zu verneinen, für wieder andere aber nicht durch das bürgerliche Gesetzbuch zu entscheiden, die Voraussetzung für die Aufstellung einer die Erwerbung des Grundeigenthumes allgemein regelnden Vorschrift mithin nicht vorhanden sind.

Erforderniß der Erwerbung ist die Eintragung in das Grundbuch nach dem Entwurfe nur in den Fällen der Uebertragung durch Rechtsgeschäft (§ 828), der Zueignung (§ 872) und des Aufgebotes (§ 873). Die der ehelichen Gütergemeinschaft unterliegenden Grundstücke werden kraft des Gesetzes Gesammtgut der Ehegatten (§§ 1343, 1417), und auch der Erbe erwirbt das Eigenthum an den Grundstücken des Erblassers ohne Eintragung (§ 2051).

II. Uebergangene Erwerbsarten:

II. Andere als die vorstehend bezeichneten Erwerbsarten werden in dem Entwurfe nicht geordnet.

1. Erwerb durch Theilungsurtheil ꝛc.;

1. Ausgeschlossen ist der Erwerb des Eigenthumes an einem Grundstücke durch Theilungsurtheil, nach den Vorschriften über die Gemeinschaft und das Miteigenthum[1]), durch richterlichen Ausspruch im Falle der cautio damni infecti, in Folge der Ablehnung dieses Institutes durch das Nachbarrecht[2]), durch Ersitzung, wie unten besonders dargelegt werden wird.

2 Erwerb herrenloser nicht gebuchter Grundstücke: a) Im Allgemeinen;

2. Der Erwerb herrenloser Grundstücke bedarf, von dem Falle des § 872 abgesehen, einer Regelung in dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht.

a) Läßt man zunächst die neu entstehenden Grundstücke bei Seite, so gilt nach röm. Rechte die Regel, daß eine herrenlose Sache in das Eigenthum desjenigen fällt, der sie zuerst in Besitz nimmt. In Deutschland dagegen bildete sich der Grundsatz, daß herrenloses Land dem Könige gehöre und folglich nur mit dessen Genehmigung durch Besitzergreifung erworben werden könne. Mit dem Wachsen der Landeshoheit entwickelte sich hieraus ein landesherrliches Regal bezw. ein Recht des Staates auf herrenlose Grundstücke. Dieses Recht besteht noch gegenwärtig in dem größten Theile des Reiches, namentlich in den Geltungsgebieten des preuß. A. L. R., des bayr. L. R. und des franz. G. B.[3]). Daneben kommt auch ein Recht der Gemeinde auf die in dem Gemeindebezirke belegenen herrenlosen Grundstücke vor. Nach der preußischen Praxis gebührt einer Stadt vermöge des Weichbildrechtes das Eigenthum an den innerhalb des Weichbildes befindlichen Grundstücken, welche nicht aus einem besonderen Titel einem Anderen gehören[4]). In Schlesien gilt das sogenannte Auenrecht, vermöge dessen die unbebauten Grundstücke

---

[1]) §§ 767—773, 946.

[2]) Oben S. 259.

[3]) Preuß. A. L. R. II, 16 §§ 3, 8; code civil Art. 539; Roth, bayr. Civil R. § 34 II, 2 § 140; siehe ferner für Hessen Müller, Ingrossation § 32, und für Weimar Sachse §§ 246, 276. Dem sächs. G. B. sind „ursprünglich" herrenlose Grundstücke unbekannt.

[4]) Erk. des Ob. Trib. v. 20. Aug. 1821, Simon, Rechtspr. 1 S. 236.

einer Dorfschaft dem Rittergute zufallen, sofern nicht ein Anderer sich als Eigenthümer ausweist [1]). Für die Rheinprovinz und die Provinz Westfalen genehmigte eine Kabinetsordre vom 14. März 1825, „daß die Parzellen, die sich bei den Katastervermessungen und den dadurch bewirkten Aufnahmen des Grundeigenthumes als herrenlos entdecken, mit allen Vortheilen und Lasten den Gemeinden, in deren Feldmarken sie liegen, überlassen werden, wenn solche sie unter dieser Bedingung annehmen wollen“ [2]).

Für das Rechtsleben ist es ziemlich gleichgültig, wie das rechtliche Schicksal der herrenlosen Grundstücke bestimmt wird. Grundstücke von einigem Werthe und Umfange, die keinen Eigenthümer hätten, werden bei dem heutigen Stande der Bodenkultur schwerlich vorkommen. Da, wo der Grund und Boden geometrisch vermessen ist, sind die als herrenlos ermittelten Flächen sicherlich dem zur Erwerbung Berechtigten eigenthümlich überwiesen worden, und in den übrigen Gebieten wird diese Ueberweisung bei der vorzunehmenden Vermessung sich ohne Schwierigkeiten vollziehen. Ein praktisches Interesse an der Erledigung der Eigenthumsfrage bezüglich derjenigen Bodenflächen, welche bei dem Eintritte der Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches noch herrenlos sein werden, besteht nur insofern, als für eine solche Fläche ein Blatt im Grundbuche anzulegen oder dieselbe einem bereits gebuchten Grundstücke zuzuschreiben ist. Für diesen Zweck aber werden regelmäßig die in der Grundbuchordnung zu gebenden Vorschriften über die Buchung bisher nicht gebuchter Grundstücke genügen. Ob es nöthig ist, daneben für die Zwischenzeit die landesrechtlichen Normen über die Erwerbung herrenloser Grundstücke aufrecht zu erhalten, kann an dieser Stelle nicht entschieden werden, da die erforderliche Bestimmung die Ueberleitung des alten Rechtszustandes in den neuen betrifft und deshalb in das Einführungsgesetz gehört. Eine reichsgesetzliche Vorschrift darüber, wie das Eigenthum an einem solchen Grundstücke erworben wird, empfiehlt sich keinesfalls, weil sie ohne Verletzung bestehender wenn auch nicht gerade werthvoller Rechte nicht in Wirksamkeit treten könnte.

b) Von neu entstehenden Grundstücken pflegt man zu sprechen, wenn Inseln oder Halbinseln ꝛc. in einem Flusse oder einem Landsee sich bilden oder das Bett von dem Wasser verlassen wird. b) Inselbildung ꝛc. in einem Flusse oder einem Landsee.

α. Steht der Fluß oder der See im Privateigenthume, so gehört das neue Land dem Eigenthümer. Der gewöhnliche Fall ist der, daß das Eigenthum an dem Gewässer mit dem Eigenthume an den Ufergrundstücken zusammenfällt. Streitigkeiten darüber, ob oder in welchem Umfange eine neu entstandene Insel ꝛc. dem Eigenthümer eines Ufergrundstückes gebührt, sind an sich nach den das Eigenthum an Grundstücken ordnenden Vorschriften zu entscheiden. Im Interesse des Rechtsfriedens kann es sich freilich empfehlen, nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 9 §§ 232 ff. und des franz. G. B. Art. 557 ff. die Rechte der Betheiligten auf das neue Land besonders zu regeln. Allein da diese Regelung wesentlich polizeilichen Rücksichten Rechnung zu tragen hätte, so erscheint es nicht angemessen, sie in dem bürgerlichen Gesetz-

[1]) Erk. des Ob. Trib. (Pr. 1727) v. 23. März 1846, Entsch. 13 S. 427.
[2]) v. Kamptz, Annalen 9 S. 605.

buche vorzunehmen. Vielmehr wird es Aufgabe des Einführungsgesetzes sein, die erforderlichen Bestimmungen zu treffen bezw. dieselben der Spezialgesetzgebung über das Wasserrecht vorzubehalten.

β. Das in einem öffentlichen Flusse neu entstehende Land gehört nach röm. Rechte den Eigenthümern der Ufergrundstücke, sofern die letzteren nicht agri limitati sind. Das sächs. G. B. wendet diesen Grundsatz auch auf die vermessenen Grundstücke an[1]). Nach dem franz. G. B. Art. 560 fallen Inseln ꝛc., die in einem schiffbaren oder flößbaren Flusse sich bilden, dem Staate zu[2]). In dem preuß. A. L. R. wird, sofern nicht provinzialrechtlich die in einem Flusse entstehende Insel bezw. das verlassene Flußbett dem Staate gebührt, den Ufereigenthümern das Recht zugestanden, das neue Land durch Besitzergreifung sich zuzueignen. Mit der Erwerbung eines verlassenen Flußbettes ist eine Verpflichtung zur Entschädigung der Eigenthümer des neuen Bettes verbunden[3]). Für Bayern sind die bezüglichen Verhältnisse durch das Ges., die Benutzung des Wassers betr., v. 28. Mai 1852 unter Anerkennung des Grundsatzes, daß das Flußbett im Zweifel dem Staate und die Ufer den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke gehören, erschöpfend geregelt. Auf diese Regelung wird in dem bayr. Entw. III Art. 149 und 150 verwiesen. Besondere Wassergesetze, welche die fraglichen Verhältnisse ordnen, bestehen auch in Altenburg, Coburg, Rudolstadt und anderen Staaten[4]).

Stellt man sich auf den rein privatrechtlichen Standpunkt, so ergiebt sich, daß nicht blos ein verlassenes Flußbett, sondern auch die in einem öffentlichen Gewässer sich bildenden Inseln, Halbinseln und Landzungen dem Eigenthümer des Bettes zuzusprechen sind. Insoweit dies in einem großen Theile Deutschlands bereits Rechtens ist, hat es der Entwurf weniger mit einer Gesetzgebungsfrage als mit der Behandlung wohlerworbener Rechte zu thun. Eine Gesetzgebungsfrage erhebt sich nur gegenüber denjenigen Gebieten, in welchen den Ufereigenthümern auch dann, wenn denselben das Bett des Flusses oder des Sees nicht gehört, das Eigenthum an dem über dem Wasserspiegel hervortretenden Lande bezw. ein Recht zur Okkupation des letzteren zuerkannt wird. Die Schwierigkeiten, welchen hiernach die einheitliche Lösung der Eigenthumsfrage begegnen müßte, würden sich zwar überwinden lassen. Allein der privatrechtliche Standpunkt könnte dabei nicht den Ausschlag geben. Es darf nicht außer Acht bleiben, daß das Eigenthum an dem neuen Lande bezw. die Erwerbung desselben sachgemäß nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich die Beschränkungen, welchen dieses Eigenthum aus Rücksichten der Landeskultur und der ausgleichenden Gerechtigkeit zu unterwerfen ist, näher bestimmt werden. Mit der Regelung dieser Verhältnisse in dem bürgerlichen Gesetzbuche würde aber so ziemlich das gesammte Wasserrecht in dasselbe hineingezogen, d. h. ein Gebiet betreten werden, welches überwiegend dem öffentlichen

---

[1]) Sächs. G. B. §§ 281—283.
[2]) Ebenso nach dem hess. Entw. III Art. 34—39.
[3]) A. L. R. I, 9 §§ 225 ff. und II, 5 §§ 67 ff.
[4]) Siehe oben zu § 786 S. 49 ff.

Rechte angehört und, wie bereits früher dargelegt wurde[1]), der Landesgesetzgebung vorzubehalten ist. Der Landesgesetzgebung muß deshalb die Entscheidung auch darüber, von wem und auf welche Weise die Neubildungen an Land in einem öffentlichen Gewässer erworben werden sollen, in den durch das Einführungsgesetz zu bestimmenden Grenzen verbleiben.

c) Auch im Meere kann dadurch Land gewonnen werden, daß das Ufer sich erweitert oder Inseln sich bilden. c) Erweiterungen des Meeresufers ꝛc.;

α. Erdkörper, welche an das Ufer sich ansetzen, haben die Natur des Ufers, unterliegen mithin derselben rechtlichen Behandlung wie dieses. In den Quellen des röm. Rechtes werden die Meeresufer als res nullius, aber auch als res communes omnium, ja sogar als res populi Romani bezeichnet[2]). Nach der modernen Anschauung, welche sowohl in dem preuß. A. L. R. II, 14 § 21 als auch in dem franz. G. B. Art. 538 zum Ausdrucke gelangt, stehen sie im Eigenthume des Staates[3]). Bei diesem Grundsatze des öffentlichen Rechtes kann es vom Standpunkte des Privatrechtes auch in Ansehung der unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches eintretenden Erweiterungen des Meeresufers unbedenklich verbleiben.

β. Inseln, welche im Meere entstehen, können nach röm. R. durch Besitzergreifung von Jedermann zu Eigenthum erworben werden. Nach dem franz. G. B. Art. 538 u. 539 fallen sie dem Staate zu. Das preuß. A. L. R. hat keine besondere Bestimmung. Es gelten daher die Vorschriften über die Erwerbung herrenloser Grundstücke, d. h. der Staat kann die Insel durch Besitzergreifung sich aneignen, auch die Erwerbung auf diesem Wege einem Anderen gestatten[4]). Nach den Grundsätzen des Völkerrechtes gehört die Insel mit ihrer Entstehung dem Staate, in dessen Wassergebiete sie belegen ist[5]). Wenn auch hierdurch nur das Verhältniß des Deutschen Reiches und der Küstenstaaten desselben zu fremden Nationen bestimmt wird, so ist doch auch im Uebrigen ein Bedürfniß für die Aufnahme einer bezüglichen Vorschrift in das bürgerliche Gesetzbuch nicht anzuerkennen. Schon in den Pandekten wird hervorgehoben, daß Inselbildungen im Meere nur selten vorkommen[6]). Ueberdies scheiden diejenigen Fälle hier aus, in welchen der Meerestheil, der die neue Insel umspült, außerhalb der Küstenhoheit eines deutschen Staates sich befindet. Es scheiden ferner die Fälle aus, in welchen die Inselbildung in einer Flußmündung vor sich geht, weil sie dem Landeswasserrechte unterliegen. Wollte man die übrig bleibenden Fälle reichsgesetzlich regeln, so würde unter Berücksichtigung der heutigen Verkehrs- und Kulturverhältnisse jedenfalls nicht der Standpunkt des röm. Rechtes befolgt werden können, sondern die Rücksicht auf polizeiliche Erwägungen den Ausschlag geben müssen. Bei der praktischen

---

[1]) Oben S. 4, 5.

[2]) L. 14 pr. D. de acqu. r. d. 41, 1, § 5 J. de r. d. 2, 1, l. 3 pr. D. ne quid in l. publ. 43, 8.

[3]) Heffter, Völkerrecht § 69, 8. Ausg. S. 155.

[4]) A. L. R. II, 16 §§ 3, 8.

[5]) Heffter a. a. O.

[6]) L. 7 § 1 D. de acqu. rer. dom. 41, 1.

Unwichtigkeit des Gegenstandes empfiehlt es sich deshalb, die Regelung desselben der Landesgesetzgebung zu belassen. Der etwa erforderliche besondere Vorbehalt gehört in das Einf. Ges.

3. Zwangsversteigerung;

3. Im Zwangsversteigerungsverfahren vermittelt den Uebergang des Eigenthumes auf den Ersteher

a) die Eintragung in das Grundbuch nach denjenigen Gesetzen, welche die Regel aufstellen, daß Eigenthum an Grundstücken nur durch Eintragung erworben werde[1]), sowie nach dem anhalt. Subhast. Ges. v. 10. Mai 1879 § 53,

b) die gerichtliche Uebereignung des Grundstückes an den Ersteher nach erfolgter Berichtigung des Meistgebotes (Adjudikation) in Weimar, Braunschweig, Coburg-Gotha und Schwarzburg-Rudolstadt[2]),

c) die gerichtliche Ertheilung des Zuschlages in dem größten Theile Preußens, in Bayern und Württemberg, in Baden, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen[3]).

Der Entwurf geht davon aus, daß die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und also namentlich das Zwangsversteigerungsverfahren in einem besonderen Reichsgesetze geregelt werden wird[4]). Mit diesem Verfahren hängt aber der Uebergang des Eigenthumes auf den Ersteher so eng zusammen, daß die Frage, an welche Thatsache er zu knüpfen ist, nur in Verbindung mit der Ordnung des Verfahrens sich sachgemäß entscheiden läßt. Die Entscheidung muß daher dem gedachten Gesetze vorbehalten bleiben[5]).

4. Enteignung;

4. Die Enteignung aus Gründen des öffentlichen Wohles, und folglich auch der Uebergang des Eigenthumes auf denjenigen, zu dessen Gunsten sie vorgenommen wird, ist von der Regelung durch das bürgerliche Gesetzbuch ebenfalls ausgeschlossen. In dieser Hinsicht genügt es, auf die Anmerkung zur Ueberschrift des dritten Buches des Entwurfes zu verweisen. Ob und inwiefern die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für das Gebiet der Enteignung Beschränkungen, namentlich in Ansehung der Regelung des Eigenthumsüberganges, zu unterwerfen ist, wird das Einführungsgesetz ergeben[6]).

---

[1]) Siehe oben S. 299.

[2]) Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen, für Weimar v. 12. Mai 1879 § 58, Braunschweig v. 10. Juli 1879 § 70, Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 18, Rudolstadt v. 8. August 1879 §§ 13, 14.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 342; Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen, v. 13. Juli 1883 § 97; Subhast. O. für die Rheinprovinz v. 1. August 1822 §§ 25, 35; bayr. Ges., die Zwangsvollstr. ꝛc. betr., v. 23. Februar 1879 § 55; württemb. Exekut. Ges. v. 15. April 1825 Art. 73 und Ges., die Zwangsvollstr. ꝛc. betr., v. 18. August 1879 Art. 19, 20, 27; Ges., die Einführung der Reichsjust. Ges. in Baden betr., v. 3. März 1879 §§ 79 ff., code de proc. Art. 731; hess. Ges., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 4. Juni 1879 Art. 147 ff.; Ges. für Elsaß-Lothr., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 30. April 1880 § 22. Auch für das gemeine Recht wird die Auffassung vertreten, daß der Zuschlag des Richters den Uebergang des Eigenthumes auf den Ersteher vermittelt.

[4]) Siehe oben S. 140.

[5]) Anm. zur Ueberschrift des III. Abschn. des Entwurfes.

[6]) Anm. f zur Ueberschrift des vorliegenden Buches, oben S. 4.

5. Agrarverfahren;

5. Von der Stellung des Entwurfes zu den agrarrechtlichen Prozeduren und der bei denselben vorkommenden Erwerbung von Grundeigenthum gilt im Allgemeinen das über die Behandlung der Enteignung Bemerkte. Keinesfalls aber erscheint es angezeigt, die Landesgesetzgebung in der Regelung dieser Erwerbung irgendwie zu beengen, wenn das bürgerliche Gesetzbuch im Uebrigen das Agrarrecht nicht ordnet. Die Frage, ob eine Uebertragung des Eintragungsprinzipes auf dieses Gebiet zweckmäßig ist, begegnet den erheblichsten Zweifeln. Sie kann nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Verfahrens sachgemäß entschieden und folglich nicht im Wege der Reichsgesetzgebung erledigt werden[1]).

6. Bergrechtliche Erwerbsarten;

6. Die Erwerbung des sogenannten Bergwerkseigenthumes (der Bergbauberechtigung) bestimmt sich im Allgemeinen gemäß § 781 Abs. 2 nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches. Die besonderen bergrechtlichen Erwerbungsarten indessen, namentlich die Begründung der Bergbauberechtigung durch staatliche Verleihung sowie die Erwerbung einer solchen Berechtigung durch Konsolidation, Theilung und Vertauschung von Grubenfeldern und Feldestheilen, unterliegen mit dem Bergrechte der Regelung durch die Landesgesetzgebung, soweit nicht das Einführungsgesetz in diese Regelung eingreifen wird[2]).

7. Gesetzliche Erwerbsarten.

7. Von einer Erwerbung des Eigenthumes durch Gesetz spricht man, wenn das Eigenthum kraft des Gesetzes, ohne Vermittelung durch eine Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers oder durch die Mitwirkung einer öffentlichen Behörde, auf den Erwerber übergeht[3]). Gesetzliche Erwerbungsarten in diesem Sinne werden, von den Fällen der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbfolge abgesehen, in dem Entwurfe nicht geordnet. Für diejenigen Gesetze aber, welche neben dem bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft bleiben bezw. künftig erlassen werden, kann füglich der Entwurf eine Normativbestimmung nicht aufstellen. Die Beschränkungen, welchen die Landesgesetzgebung vom Standpunkte des Gesetzbuches zu unterwerfen ist, gehören in das Einführungsgesetz. Von den Reichsgesetzen aber kommt hier nur in Betracht das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände v. 25. Mai 1873. Zu einer Aenderung bezw. Deklaration dieses Gesetzes aus Gründen des Sachenrechtes fehlt es jedoch gegenwärtig an einem praktischen Bedürfnisse[4]). Für künftige Reichsgesetze dagegen, welche eine neue Erwerbungsart einführen könnten, würde eine auf deren Regelung in dem bürgerlichen Gesetzbuche abzielende Vorschrift nichts weiter bedeuten als eine Instruktion, welche der Gesetzgeber sich selber gäbe. Eine solche Instruktion aber ist mindestens entbehrlich, da nicht zu besorgen ist, daß der Gesetzgeber, wenn er zu einem solchen Gesetze sich entschließt, den Gegenstand desselben unvollständig ordnen werde.

---

[1]) Anm. d ebenda.

[2]) Anm. c daselbst oben S. 4.

[3]) Windscheid § 174. Vergl. auch A. L. R. I, 9 § 4.

[4]) Das Gesetz ist verschieden ausgelegt worden von dem preuß. Fin. Min. in in dem Erlasse v. 6. Sept. 1874, M. Bl. der inneren Verw. S. 282, und von dem Kammergerichte in dem Beschl. v. 17. Juli 1876, Jobow's Jahrb. 6 S. 110.

B. Ersitzung.

Geschichtliches.

I. Das röm. Recht gelangte durch Verschmelzung der longi temporis praescriptio mit der usucapio zu folgenden Ergebnissen: Wer eine unbewegliche Sache zehn bezw. zwanzig Jahre lang im guten Glauben (bona fide) auf Grund eines denselben rechtfertigenden Titels (justo titulo) ununterbrochen besitzt, ist Eigenthümer der Sache[1]). Kann ein solcher Titel nicht nachgewiesen werden, so geht das Eigenthum erst mit der Verjährung der rei vindicatio des bisherigen Eigenthümers auf den gutgläubigen Besitzer über[2]).

Dem deutschen Rechte war die Ersitzung im römischen Sinne unbekannt. Die „rechte Gewere", welche im späteren Mittelalter sich entwickelte, fällt weder mit der usucapio noch mit der longi temporis praescriptio zusammen. Sie war ein eigenartiges Institut, welches vornehmlich prozessualische Bedeutung hatte. Wer Jahr und Tag die Gewere ausgeübt, d. h. die Nutzungen der Sache im eigenen Interesse gezogen hatte, brauchte zum Beweise seines Rechtes sich nicht mehr auf den Urheber des letzteren zu berufen, sondern konnte dasselbe durch seinen eigenen Eid beweisen. Die materielle Wirkung dieser „rechten Gewere" bestand in der Vernichtung derjenigen Rechte, deren Durchführung dem Besitzer den nutzbaren Besitz des Grundstückes entzogen haben würde. Im Einzelnen gestaltete sich das Institut in den verschiedenen Stadt- und Landrechten sehr verschieden[3]). Aus dem heutigen Rechtsleben ist es bis auf wenige Ueberreste verschwunden.

Mit dem geltenden Rechte verhält es sich im Allgemeinen wie folgt:

Gemeines Recht und ältere Gesetzbücher.

1. Für das gemeine Recht ergiebt sich die Regelung der ordentlichen und der außerordentlichen Ersitzung aus den römischen Quellen. Eine dritte Ersitzungsart, die unvordenkliche Verjährung, welche bei den Römern nur für einzelne Fälle anerkannt war, hat sich unter dem Einflusse des kanonischen Rechtes in Deutschland entwickelt.

Die älteren Gesetzbücher ordnen die Ersitzung auf der Grundlage des gemeinen Rechtes, obschon sie im Einzelnen von demselben abweichen; so namentlich das bayr. L. R. II, 4, das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 579—669, das franz. G. B. Art. 2262, 2264—2269, das bad. L. R. und das österr. G. B. §§ 1454 ff.

In Oesterreich ist vereinzelt die Ansicht hervorgetreten, daß Grundstücke, welche in den öffentlichen Büchern verzeichnet sind, nicht ersessen werden können. Auch streiten die Gegner dieser Meinung darüber, ob das durch die Ersitzung begründete Recht Eigenthum sei oder für den Besitzer nur einen persönlichen Anspruch auf Eintragung gegen den Bucheigenthümer erzeuge. Darüber scheint Einverständniß zu herrschen, daß nach § 1500 des österr. G. B. das ersessene Recht einem Dritten nur in den durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches gezogenen Grenzen entgegengesetzt werden kann[4]).

---

[1]) L. un. Cod. de usuc. transform. 2, 6.

[2]) L. 8 § 1 Cod. de praescr. XXX ann. 7, 39.

[3]) Stobbe, Priv. R. § 74; Roth, bayr. Civ. R. § 145.

[4]) Strohal, zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien, eine Studie aus dem österr. Grundbuchrecht (1876) S. 139 ff.

Eine Besonderheit des österr. G. B. ist die Bestimmung des § 1467: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch .... durch den Verlauf von drei Jahren". Die Worte „das volle Recht gegen allen Widerspruch" deuten auf einen Zusammenhang mit der „rechten Gewere" des deutschen Rechtes, dem Erwerbe durch „jar and tac âne rechte widersprache" [1]). In der That ist der § 1467 aus dem Verschweigungsprinzipe der Landtafelpatente hervorgegangen. Die sog. Tabularersitzung, welche er ordnet, ist nicht eine bloße Verjährung der Ansprüche gegen den materiellen Bestand der Buchakte, sondern eine wirkliche Ersitzung des von diesen Ansprüchen bedrohten Rechtes. Der Besitz wird freilich durch die Eintragung ersetzt. Aber dies ist eine Vorstellung, welche nicht befremden darf, da man in Oesterreich sich längst daran gewöhnt hatte, die Thatsache des Eingetragenseins als „landtäflichen Besitz" zu betrachten [2]). Tabularersitzung.

In Deutschland kommt die Tabularersitzung, wie es scheint, nur in dem Großherzogthume Hessen vor, aber auch hier nur in dem Sinne einer Abkürzung der gemeinrechtlichen Ersitzungsfrist. Nach dem Ges., die Erwerbung des Grundeigenthums 2c. in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betr., v. 21. Februar 1852 Art. 27 kann nämlich der „Erwerber, welcher einen im Grundbuche oder in dem dazu gehörigen Mutationsverzeichnisse eingetragenen rechtmäßigen Erwerbtitel (Art. 26) nachweist, die Ersitzung der ihm darin zugeschriebenen unbeweglichen Sache schon in fünf Jahren, vom Tage des Eintrags an gerechnet, vollenden, vorausgesetzt, daß alle übrigen, in dem bestehenden Rechte vorgeschriebenen Erfordernisse zur ordentlichen Ersitzung vorhanden sind".

2. Die deutschen Partikulargesetze, welche auf dem Grundbuchsysteme beruhen, haben meist ausdrückliche Bestimmungen gegen die Ersitzung. Man kann unter ihnen drei Gruppen unterscheiden. Grundbuchgesetze.

Die eine Gruppe erklärt die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer für unzulässig. Hierher gehören das erwähnte hess. Ges. Art. 3 und 33, das meining. Grundb. Ges. v. 15. Juli 1862 Art. 2, das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. v. 5. Mai 1872 § 6 und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg § 5, Coburg-Gotha, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen, Lippe und Schaumburg-Lippe § 6, sowie das anhalt. Grundb. Ges. § 8.

Die andere Gruppe, welche die Erwerbung des bürgerlichen Eigenthumes von der Eintragung abhängig macht, stellt den Satz auf: „Gegen ein in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenes Recht an einem Grundstücke kann, so lange es nicht darin gelöscht ist, eine Verjährung [3]) weder angefangen noch vollendet werden". Diesen Satz haben die dem sächs. Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher 2c. betr., v. 6. November 1843 nachgebildeten Gesetze (§ 26) für Altenburg, Sondershausen und beide Reuß. Zur Erläuterung desselben

[1]) Sachsenſp. II, 44 § 1.

[2]) Exner, Publizitätsprinzip S. 28 ff., 118 ff.

[3]) Das Wort „Verjährung" bezeichnet hier nicht blos die gemeinrechtliche Klageverjährung, sondern auch die Ersitzung.

heißt es in den Ausführungsverordnungen, namentlich in der altenburgischen v. 13. Oktober 1852, zu den §§ 2 und 26 des Gesetzes: „Durch diese Paragraphen ist die zeitherige Rechtsnorm, welche die erwerbende Verjährung auch als Erwerbsart des Grundeigenthums zuließ, keineswegs völlig aufgehoben. Vielmehr bildet die Verjährung nach den im § 1 entwickelten Grundsätzen auch fernerhin einen Rechtstitel, auf Grund dessen Eintragung des Eigenthums an Grundstücken in das Grund- und Hypothekenbuch begehrt werden kann: derselbe hat aber keine Wirkung gegen den schon eingetragenen Besitzer".

Die dritte Gruppe bilden diejenigen Gesetze, welche die Eintragung als allgemeine Erwerbungsart hinstellen, also die Grundd. Gesetze für Mecklenburg, Hamburg und Lübeck, das sächs. G. B. und das braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878. In dem sächs. G. B. § 279 wird die Ersitzung des Eigenthumes an Grundstücken ausdrücklich ausgeschlossen. Der bayr. Entw. übergeht dieselbe mit Stillschweigen. Nach dem braunschw. Ges. § 7 findet „an eingetragenen Grundstücken ein Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung nicht statt"; Grundstücke, welche nicht eingetragen sind, können nach § 5 durch ordentliche Ersitzung nur erworben werden, wenn der Besitz auf Grund eines Titels, welcher nicht in einem Rechtsgeschäfte beruht, erlangt ist.

Ablehnung der Ersitzung.

II. Der Entwurf lehnt die Aufnahme einer die Ersitzung des Grundeigenthumes zulassenden Bestimmung ab. Sein Schweigen hat die Bedeutung, daß Grundstücke in Zukunft nicht mehr ersessen werden können.

1. Unverträglichkeit der Ersitzung mit dem Grundbuchsysteme.

1. In Ansehung der gebuchten Grundstücke rechtfertigt sich der ablehnende Standpunkt des Entwurfes im Allgemeinen durch die Unverträglichkeit der Ersitzung mit dem Zwecke des Grundbuches. Das Buch bezweckt vornehmlich die Kundbarmachung des Eigenthumes. Diesem Zwecke widerstrebt die Ersitzung in weit höherem Maße als irgend eine derjenigen Erwerbungsarten, welche der Entwurf von der Eintragung nicht abhängig macht. Denn sie ist praktisch hauptsächlich für diejenigen Fälle, in welchen der Besitz auf Grund eines obligatorischen Rechtsgeschäftes erlangt ist, mithin für alle Fälle, in welchen nach §§ 828 und 868 das Eigenthum nur mittels des dinglichen Vertrages und der Eintragung erworben werden kann. Die Zulassung der Ersitzung würde demnach für die zahlreichsten und wichtigsten Fälle derselben die Ziele vereiteln, welche mit den Bestimmungen der gedachten Paragraphen verfolgt werden.

Wollte man aber hierüber sich hinwegsetzen, so bliebe doch immer noch der Widerspruch ungelöst, in welchen die Ersitzung durch das Erforderniß eines das Eigenthum verschaffenden Titels mit dem Eintragungsprinzipe treten müßte. Denn wenn zur vertragsmäßigen Uebertragung des Eigenthumes die Eintragung in das Grundbuch gehört, so ist es in den häufigsten Fällen von vornherein gewiß, daß ein solcher Titel für den Besitzer, welcher die Eintragung nicht erlangt hat, nicht vorgelegen haben kann. Der Besitzer hat höchstens einen persönlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigenthumes gegen seinen Rechtsurheber. Es wäre freilich denkbar, diesen Anspruch, wenn im Uebrigen die Erfordernisse der Ersitzung vorhanden wären, mit Wirksamkeit gegen Dritte und namentlich auch gegen den eingetragenen Eigenthümer zu bekleiden. Allein

hiermit würde man eine Neuerung schaffen, welche zu den hergebrachten Rechtsanschauungen in den schärfsten Gegensatz träte, ohne daß davon ein Vortheil für die Rechtsordnung zu erwarten wäre.

2. Die Ersitzung würde überdies, wenn sie zugelassen würde, nur von sehr beschränkter Wirkung sein, da der Bucheigenthümer vermöge seiner Eintragung in der Lage ist, über das Grundstück zu verfügen und, wenn er zu Gunsten eines mit der Sachlage unbekannten Dritten verfügt, hierdurch das außerhalb des Grundbuches gegen ihn im Werden begriffene oder schon begründete Recht zu vernichten oder wenigstens zu entwerthen. Wegen der der Ersitzung verbleibenden relativen Wirkung aber lohnt es sich nicht, sie in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu ordnen. Hiergegen ist freilich der Einwand zu gewärtigen, daß der nämlichen Gefahr auch die im Wege der Zwangsversteigerung, der Enteignung oder einer agrarrechtlichen Prozedur sich vollziehende Eigenthumserwerbung ausgesetzt ist, sofern sie nicht an die Eintragung geknüpft wird. Allein abgesehen davon, daß hier der mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verbundenen Gefahr dadurch begegnet werden kann, daß gleich im Beginne des Verfahrens die Einleitung desselben in das Grundbuch eingetragen wird, ist auch nicht zuzugeben, daß die Erwerbung des Eigenthumes durch Ersitzung vom Standpunkte des Gesetzgebers auf gleicher Linie stehe mit jeder anderen Erwerbung. 2. Entbehrlichkeit der Ersitzung.

So wie die Ersitzung in dem geltenden Rechte geregelt ist, erscheint sie allerdings als eine Erwerbungsart, welche wie jede andere mit dem Eintritte ihrer gesetzlichen Erfordernisse den Wechsel in der Person des Eigenthümers hervorbringt. Forscht man aber nach dem Grunde dieser Wirkung, so ergiebt sich, daß die Ersitzung als Erwerbungsart in dem gewöhnlichen Sinne nicht aufgefaßt werden kann, weil der Erfolg, welchen sie hat, durch ihren Thatbestand allein sich nicht rechtfertigen läßt. Der Gerechtigkeit wenigstens entspricht es nicht, daß Jemand, der das Eigenthum bisher nicht erworben hat, dadurch Eigenthümer wird, daß er die Sache während einer bestimmten Zeit auf Grund eines Eigenthumstitels in gutem Glauben besitzt. In Wirklichkeit ist denn auch nicht anzunehmen, daß das Institut der Ersitzung ersonnen wurde, um dem Besitzer einer fremden Sache das Eigenthum derselben zum Nachtheile des bisherigen Eigenthümers zu verschaffen. Vielmehr kann die Absicht nur die gewesen sein, den Eigenthümer in der Behauptung und Vertheidigung des Eigenthumes gegen Angriffe Dritter dadurch zu unterstützen, daß ihm beim Vorhandensein der Ersitzungserfordernisse der mit der Länge der Zeit immer schwieriger werdende, nicht selten unmögliche Eigenthumsbeweis erlassen wird. Darauf, daß diese Auffassung in den römischen Quellen vielleicht keine Rechtfertigung findet, ist kein Gewicht zu legen. Der heutige Gesetzgeber kann in der Ersitzung nur ein Mittel zum Schutze des erworbenen Eigenthumes erblicken[1]), und er darf dieselbe zu diesem Zwecke im Interesse der Rechtssicherheit um so unbedenklicher verwerthen, als in den weitaus meisten Fällen derjenige, welcher sich in der Ersitzungslage befindet, auch der recht-

[1]) So schon die Redaktoren des preuß. A. L. R., nach Simon und v. Strampff, Materialien S. 421 und 459, in Gruchot's Beitr. 7 S. 413.

mäßige Eigenthümer sein wird. Immerhin jedoch enthält die Zulassung der Ersitzung eine Abweichung von dem ordentlichen Gange des Rechtes. Daher ist sie nur insoweit gerechtfertigt, als ein praktisches Bedürfniß für sie vorhanden ist. Dieses Bedürfniß aber muß in Ansehung der Grundstücke unter der Herrschaft des Grundbuchsystemes verneint werden.

Bei der Anlegung des Grundbuches wird bezüglich aller Grundstücke, für welche dasselbe bestimmt ist, die Eigenthumsfrage erledigt. Ein Grundstück kann nur gebucht werden, wenn zugleich sein Eigenthümer miteingetragen wird. Dafür aber, daß derjenige, welchen das Buch als den Eigenthümer bezeichnet, auch wirklich das Eigenthum erworben hat, streitet nach § 826 die Vermuthung, und zu Gunsten des dritten Erwerbers, welchem ein vorhandener Widerspruch zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage unbekannt war, ist diese Vermuthung in Gemäßheit des § 837 eine unwiderlegliche. Erfordert nun überdies der § 828 für jede vertragsmäßige Uebertragung des Eigenthumes die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch und ist für diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz von diesem Erfordernisse absieht, doch darauf zu rechnen, daß die Eintragung, sobald sie zulässig ist, entweder von einer öffentlichen Behörde im allgemeinen Interesse oder von dem Erwerber selbst im eigenen Interesse nachgesucht werden wird, so bestehen genügende Bürgschaften dafür, daß in Zukunft die Person des jeweiligen Eigenthümers in der Regel aus dem Grundbuche erkannt werden und, wenn dieser nicht eingetragen ist, die Zurückführung seines Rechtes auf den zuletzt eingetragenen Eigenthümer erheblichen Schwierigkeiten nicht begegnen kann. Hieraus folgt aber, daß die Ersitzung als Mittel zur Erleichterung des Eigenthumsbeweises für den Entwurf entbehrlich ist.

3. Rücksicht auf die Verjährung.

3. Mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie die Anspruchsverjährung in den §§ 154, 182 und 847 geregelt wird, erhebt sich indessen die Frage, ob nicht die Ausschließung jeder Art der Ersitzung für gewisse Fälle mit Unzuträglichkeiten verbunden sein wird.

a) Ein Fall, der hier gewürdigt werden muß, ist der, daß Jemand, obschon nicht Eigenthümer, doch als solcher im Grundbuche eingetragen steht. Dieser Fall hat das Mißliche, daß der wahre Eigenthümer die Eintragung ohne den Willen des Bucheigenthümers nicht erlangen kann, wenn sein Anspruch auf Eintragungsbewilligung[1]) sich als verjährt erweist. Der Uebelstand ließe sich dadurch heben, daß dem Bucheigenthümer die Erwerbung des Eigenthumes durch Ersitzung ermöglicht würde. Aber an seine Stelle träte dann ein anderer Uebelstand, nämlich der, daß der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe des Grundstückes gegen den Bucheigenthümer noch nicht verjährt zu sein brauchte, wenn die Verjährung des Anspruches auf Berichtigung des Buches sich vollendete. Noch unannehmbarer wäre das Ergebniß, wenn der Eigenthümer sich im Besitze des Grundstückes befände und nach der Verjährung seines Berichtigungsanspruches genöthigt würde, dem Bucheigenthümer, auf welchen nunmehr das Eigenthum übergegangen wäre, das Grundstück herauszugeben. Das Verhältniß wird geradezu unerträglich, wenn man den Fall

[1]) § 843.

sich so denkt, daß der Bucheigenthümer von seiner Eintragung oder der im ungestörten Besitze gebliebene wahre Eigenthümer von der Eintragung des Bucheigenthümers gar keine Kenntniß gehabt hat. Diesen mißlichen Konsequenzen könnte freilich vorgebeugt werden, wenn man die Ersitzung des Bucheigenthümers an das Erforderniß des Besitzes knüpfte, bezw. die Verjährung des Anspruches auf Herausgabe des Grundstückes verlangte. Stellte man dann noch das weitere Erforderniß auf, daß der Bucheigenthümer keine Kenntniß von den die Unrichtigkeit seiner Eintragung ergebenden Thatsachen haben dürfte, so würde man die Harmonie des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage und folglich den einzigen Zweck, den die Ersitzung hier haben könnte, nur höchst unvollkommen erreichen. Gäbe man aber dieses Erforderniß auf, so ermöglichte man den Rechtserwerb auch für denjenigen, der im Bewußtsein seines Unrechtes die Eintragung erlangt hätte. Das Angemessenste ist daher, von der Ersitzung abzusehen. Damit erkennt man allerdings den dauernden Zwiespalt zwischen Recht und Besitz als einen formell berechtigten Zustand an. Allein dies steht im Einklange mit dem Prinzipe der Verjährungslehre, daß der Eigenthumsanspruch unter Fortdauer des Eigenthumes verjähren kann. Das öffentliche Interesse erheischt nur, daß das Grundbuch in Ordnung kommt. Das Buch aber ist in Ordnung, sobald der Berichtigungsanspruch des wahren Eigenthümers verjährt ist. Die nächste Veräußerung an einen mit der Sachlage unbekannten Dritten wird auch den Widerspruch zwischen Buch und Recht heben. Ein praktisches Bedürfniß, dem Bucheigenthümer oder dessen Erben die Ersitzungslage zu verschaffen, ist keinesfalls vorhanden.

b) Ein anderer Fall ist der, daß der eingetragene Eigenthümer verstorben, das Grundstück aber nicht im Besitze des Erben, sondern im Besitze eines Dritten ist. Erlangt der Dritte, indem er vielleicht irrthümlich als Erbe angesehen wird, die Eintragung als Eigenthümer, aber nicht das Eigenthum, so entsteht das unter a) gewürdigte Verhältniß. Bleibt ihm dagegen das Grundbuch verschlossen, so hängt die Hebung des Widerspruches zwischen Recht und Besitz lediglich von dem Willen des Erben ab. Der Erbe kann, auch wenn er sich nicht als Eigenthümer eintragen läßt, jederzeit den Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes erheben; der Verjährungseinrede ist dieser Anspruch nach § 847 nicht ausgesetzt.

Unzuträglichkeiten sind nur zu besorgen, wenn weder die Rechte des Erben gegen den Besitzer geltend gemacht werden noch der Besitzer im Stande ist, sich die Auflassung zu verschaffen bezw. die Verurtheilung des Erben zur Erklärung derselben zu erwirken. In einem solchen Falle ist aber nicht die Ersitzung, sondern die Ausschließung des bisherigen Eigenthümers im Aufgebotsverfahren nach näherer Bestimmung des § 873 das geeignete Mittel, durch welches der Besitzer die Eintragung als Eigenthümer erlangen kann.

c) Denkbar ist auch der Fall, daß der wahre Eigenthümer, weil er außerhalb des Buches in anderer Weise als durch Erbfolge, z. B. im Wege der Zwangsversteigerung oder der Enteignung, erworben hat, niemals als Eigenthümer eingetragen worden ist. In einem solchen Falle aber kann man es ohne Bedenken bei der Verjährbarkeit des Eigenthumsanspruches belassen. Ein Bedürfniß dafür, dem Besitzer zur Erwerbung des Eigenthumes mittels Ersitzung

zu verhelfen, ist nicht vorhanden. Der Fall, daß dem nicht eingetragenen Eigenthümer ein Besitzer gegenübersteht, gegen welchen der Eigenthumsanspruch verjährt ist, wird, wenn überhaupt, doch nur äußerst selten vorkommen.

4. Nichtgebuchte Grundstücke

4. Nichtgebuchte Grundstücke bleiben hier außer Betracht. Der Entwurf setzt als Regel voraus, daß alle Grundstücke durch das Grundbuch nachzuweisen sind[1]). Gewisse Kategorieen werden freilich von dem Buchungszwange auszunehmen sein; auch wird es sich kaum verhindern lassen, daß einzelne diesem Zwange unterworfene Grundstücke bei der Anlegung des Grundbuches übersehen werden. Allein wenn das Grundbuchsystem zur vollen Durchführung gelangen soll, so muß davon ausgegangen werden, daß auch an solchen Grundstücken in Veräußerungsfällen das Eigenthum nur mittels dinglichen Vertrages und Eintragung in Gemäßheit der §§ 828 und 868 erworben werden kann. Hiermit aber ist die Zulassung einer Erwerbung des Eigenthumes durch Ersitzung nicht vereinbar. Der Eigenthümer muß, wenn er das Grundstück veräußern will, für dasselbe zunächst ein Blatt im Grundbuche anlegen lassen. Die Anlegung neuer Grundbuchblätter aber ist in der Grundbuchordnung zu regeln. Bei dieser Regelung werden gewisse Erleichterungen des Eigenthumsbeweises bezw. Abweichungen von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Erwerbung des Eigenthumes nicht zu vermeiden sein. Im Uebrigen aber kann die Anwendung dieser Vorschriften nur für die Uebergangszeit in dem Einführungsgesetze eingeschränkt werden. Das bürgerliche Gesetzbuch kann in Konsequenz des Grundbuchsystemes nur mit gebuchten Grundstücken rechnen und folglich eine Erwerbungsart, welche nur für nicht gebuchte Grundstücke paßt, nicht zulassen.

C. Die Erwerbsarten dieses Titels.

I. Uebertragung durch Rechtsgeschäft.

Vorbemerkungen.

Zur rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Eigenthumes an einem Grundstücke ist nach § 828 Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die Vorschriften mithin, welche in dem dritten Abschnitte über den dinglichen Vertrag und die zu dessen Wirksamkeit gehörige Eintragung gegeben sind, gelten auch dann, wenn eine Uebertragung des Eigenthumes in Frage ist. Die Eigenthumsübertragung hat jedoch in Folge ihrer wirthschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einige Besonderheiten, welche an dieser Stelle zu bestimmen sind. Dabei empfiehlt es sich, nach dem Vorgange mehrerer Landesgesetze, namentlich der preuß. Gesetze v. 5. Mai 1872, die auf den Eigenthumsübergang gerichteten Erklärungen der Betheiligten, welche nach dem Entwurfe den Eigenthumsübertragungsvertrag bilden, als Auflaffung zu bezeichnen. Diese Bezeichnung hat sich in den Geltungsgebieten der sich ihrer bedienenden Gesetze schnell eingebürgert; sie wird auch in den übrigen Gebieten des Reiches um so leichter Eingang finden, als sie geschichtlich und sprachlich berechtigt und der Wissenschaft des deutschen Rechtes immer geläufig gewesen ist.

[1]) Oben S. 20.

Die Punkte, welche der besonderen Regelung durch das Gesetz bedürfen, sind: 1. die Form der Auflassung (§ 868); 2. die Auflassung der Erben des eingetragenen Eigenthümers (§ 869); 3. die Auflassung unter Bedingungen und Zeitbestimmungen (§§ 870, 871).

1. Form des Uebertragungsvertrages (der Auflassung).

§ 868.

Bei der hohen Wichtigkeit, welche der Eigenthumsübertragung für die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden beizumessen ist, erhebt sich die Frage, ob die Auflassung an eine besondere d. h. eine strengere als die für den dinglichen Vertrag im Allgemeinen erforderliche Form geknüpft werden soll. Der Entwurf bejaht diese Frage, indem er die Gültigkeit der Auflassung und damit den Uebergang des Eigenthumes auf den Erwerber davon abhängig macht, daß der Vertrag vor der das Grundbuch führenden Behörde, dem Grundbuchamte, geschlossen worden ist. Die Gründe, welche hierfür sprechen, ergeben sich einerseits aus der Rücksicht auf das geltende Recht, andererseits aus der Erwägung, daß für das Grundeigenthum eine nahezu vollständige Sicherheit gewonnen wird, wenn die Uebertragung desselben nur vor der Buchbehörde erklärt werden kann.

a) Von den bestehenden Gesetzen fallen hier nur diejenigen in's Gewicht, welche die Eintragung überhaupt von der Errichtung eines dinglichen Vertrages bezw. von abstrakten Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers abhängig machen, also die Gesetze der beiden Mecklenburg und der freien Städte Hamburg und Lübeck, sowie das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. und die ihm nachgebildeten Gesetze[1]). a) Die bestehenden Auflassungsformen.

Am wenigsten scharf ist die mecklenb. Gesetzgebung vorgegangen. Die revidirte Instruktion für den Stadtbuchbetrieb bestimmt zwar unter Ziff. 39, daß die Auflassung und Annahme des Eigenthumes von den Betheiligten, deren gesetzlichen Vertretern oder gehörig legitimirten Bevollmächtigten in Person zum Protokoll der Stadtbuchbehörde erklärt werde, gestattet aber, „wenn besondere Umstände das persönliche Erscheinen der Interessenten erschweren", auch schriftlich eingereichte Erklärungen. Die Strelitzer Domanial-Hypoth. O. v. 24. Dezember 1872 § 25 läßt den Betheiligten die Wahl, ob sie die Auflassung bei der Buchbehörde zu Protokoll geben oder schriftlich vorlegen wollen. Das Schweriner Domanialges. v. 2. Januar 1854 schweigt über diesen Punkt.

Für Hamburg verordnet das Ges. über Grundeigenthum ꝛc. v. 4. Dezember 1868 § 49, daß die zu den Einschreibungen erforderlichen Anträge und Konsense der Buchbehörde mündlich zu ertheilen sind, schreibt jedoch unter § 50 Folgendes vor: „Innerhalb des nämlichen Quartals kann, wenn zu einer Eintragung der Konsens mehrerer Personen erforderlich ist, eine sukzessive Ertheilung der Konsense zugelassen werden. Sobald dieselben sämmtlich gehörig

[1]) Den Standpunkt der übrigen Gesetze siehe oben S. 159, 160, 162.

ertheilt sind, erfolgt die Eintragung. Findet solches bis zum Schluß des Quartals nicht statt, so sind sämmtliche ertheilte Konsense unwirksam“[1]). In Lübeck scheint es an entsprechenden Gesetzesvorschriften zu fehlen.

Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 2 erfolgt „die Auflassung eines Grundstücks durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage“. Denselben Wortlaut hat der § 2 in den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Lippe-Detmold, Sondershausen und Schaumburg-Lippe.

b) Schließung des Vertrages vor dem Grundbuchamte.

b) Die Rechtfertigung der Form, welcher das preuß. Ges. die Auflassung unterwirft, nahm ihren Ausgang von der Vorstellung, daß die Auflassung und die ihr sich anschließende Eintragung zusammen ein einheitlicher Rechtsakt seien, welcher zeitlich nicht auseinderfallen dürfe und folglich auch insoweit, als er von dem Veräußerer und dem Erwerber vorzunehmen sei, außerhalb des Grundbuchamtes nicht vorgenommen werden könne. „Es ist daher“, wie die Motive des Entwurfes sich ausdrücken, „nicht dieser Theorie entsprechend, daß die beiden Parteien, vielleicht zu verschiedenen Zeiten, die Auflassung und den Antrag auf Eintragung schriftlich einsenden und daß dann erst der Grundbuchrichter die erforderlichen Prüfungen vornimmt, ehe er einträgt. Wenn diese Momente der Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Erklärungen und des unmittelbaren Anschlusses der Eintragung aufgegeben werden, so entsteht die Gefahr, daß in der Zwischenzeit zwischen der eingereichten ersten Auflassung und der Eintragung auch noch eine fernere Auflassung für eine andere Person oder Anträge auf hypothekarische Eintragungen seitens des noch eingetragenen Eigenthümers eingehen können und daß dadurch Betrügereien aller Art möglich werden“[2]).

Mündliche und gleichzeitige Erklärungen.

Der vorliegende Entwurf beseitigt diese Gefahr dadurch, daß er die Schließung des dinglichen Vertrages vor dem Grundbuchamte vorschreibt. Mit diesem Erfordernisse ist die Nothwendigkeit, daß der Veräußerer und der Erwerber ihre Erklärungen mündlich und gleichzeitig vor der Buchbehörde verlautbaren, von selbst gegeben[3]). Hierdurch wird freilich der Verkehr mit Grundstücken in einem gewissen Grade erschwert, bezw. vertheuert. Allein diese Unzuträglichkeit wurde bereits bei der Berathung des Gesetzentwurfes über den Eigenthumserw. ꝛc. im preuß. Landtage geltend gemacht, jedoch nicht so gewichtig befunden, daß sie nicht von den Vortheilen, welche mit dem gleichzeitigen Erscheinen der Betheiligten vor dem Grundbuchamte verbunden

---

[1]) Die Zulassung einer nicht gleichzeitigen Ertheilung der Konsense hängt zusammen mit der Vorschrift des § 50, daß die Datirung der Eintragungen in den Grund- und Hypothekenbüchern nicht nach Tagen geschieht, sondern nach Quartalen.

[2]) Werner, die preuß. Ges. über Grundeigth. ꝛc. v. 5. Mai 1872 Abth. 2 S. 15, 16.

[3]) Vergl. §§ 77, 91.

sind, reichlich aufgewogen würde[1]). Auf diese Vortheile müßte man verzichten, wenn das Gesetz auch gerichtliche und notarielle Auflassungen zuließe.

Gründe gegen die gerichtliche und die notarielle Form.

Mißlich ist schon, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sofern nicht das Gericht zugleich das Grundbuchamt ist, ebensowenig wie der Notar bei der Aufnahme eines Aktes das Grundbuch vor sich hat. Zwar werden beide oftmals, wenn auch nicht immer, in der Lage sein, das Buch vorher einzusehen. Allein eine Sicherheit, wie sie die Verhandlung vor dem offenen Buche gewährt, wird hierdurch nicht gewonnen, weil die Möglichkeit besteht, daß in der Zeit zwischen der Einsicht des Buches und der Aufnahme des Aktes Eintragungsanträge, welche dem letzteren vorgreifen, bei der Buchbehörde eingehen. Die Betheiligten würden mithin, wenn sie die Auflassung in gerichtlicher oder notarieller Form erklären dürften, Gefahr laufen, einen Vertrag zu errichten, welcher mit dem Grundbuche nicht in Einklang stände und deshalb von dem Grundbuchamte zurückzuweisen wäre.

Aber auch wenn der Akt an sich von dem Richter oder dem Notare sachgemäß beurkundet wäre, so würde damit doch sein Zweck, die Eintragung des Erwerbers, nicht sichergestellt sein. Denn die Betheiligten wären an diesen Akt nach § 828 Abs. 3 so lange nicht gebunden, bis sie die Urkunde dem Grundbuchamte zur Eintragung überreicht hätten. In der Zwischenzeit aber könnte der eingetragene Eigenthümer in der Verfügung über das Grundstück beschränkt werden, also ein Ereigniß eintreten, welches nach § 831 nur dann ohne Einfluß auf die Verbindlichkeit des dinglichen Vertrages ist, wenn der Eintritt nach dem Eingange des Eintragungsantrages bei dem Grundbuchamte erfolgt, ganz abgesehen davon, daß der Erwerber dadurch gefährdet erscheint, daß zu seinem Nachtheile über das Grundstück von dem Veräußerer verfügt werden kann. Diesen Unzuträglichkeiten ließe sich nur dadurch begegnen, daß die Betheiligten an den Vertrag schon durch dessen Abschluß vor dem Gerichte oder dem Notare gebunden würden. Allein wenn man dies wollte, dürfte eine entsprechende Vorschrift nicht blos für die Auflassung am Platze sein, sondern sie müßte für den dinglichen Vertrag, sofern dessen Gegenstand ein Grundstück ist, überhaupt getroffen werden, um die auffällige Inkonsequenz zu vermeiden, daß das Erforderniß der Einreichung oder des Abschlusses des dinglichen Vertrages bei dem Grundbuchamte gerade für die wichtigste Gattung dinglicher Verträge aufgegeben und nur für die minder wichtigen festgehalten würde. Es müßten also die Bestimmungen der §§ 828 und 831 in grundsätzlichen Punkten geändert werden. Dies wäre aber gegenüber so wohl erwogenen Grundsätzen wie den in Frage stehenden nur zu rechtfertigen, wenn zwingende Gründe dazu vorlägen. Hier erheben sich indessen gegen die Zulassung gerichtlicher und notarieller Auflassungen schwerwiegende Bedenken.

Abstrakte Natur der Auflassung.

Ein Hauptbedenken ergiebt sich aus der völligen Lösung des dinglichen Vertrages von dessen obligatorischem Grunde. Wenn das Eigenthum an einem Grundstücke mittels eines rein abstrakten Vertrages übertragen wird, so hat der Gesetzgeber alle Ursache, den Abschluß dieses Vertrages nicht vor einem beliebigen Notare oder einem beliebigen Gerichte zu gestatten, sondern vor die-

[1]) Werner a. a. O. S. 48, 49, 109, 121 ff.

jenige Behörde zu verweisen, welche den Wechsel in der Person des Eigenthümers durch die ihr obliegende sofortige Eintragung in das Grundbuch vollendet. Nur wenn die Betheiligten oder deren Vertreter vor dem Grundbuchamte erscheinen müssen, um ihren auf den Eigenthumsübergang gerichteten Willen zu erklären, und wenn sie sich bewußt sind, daß ihren abstrakten Erklärungen die den Eigenthumswechsel abschließende Eintragung sofort nachfolge oder doch nachfolgen könne und regelmäßig auch nachfolgen werde, ist darauf zu rechnen, daß sie sich die hohe Wichtigkeit ihrer abstrakten Erklärungen voll und klar zum Bewußtsein bringen. Ließe man gerichtliche und notarielle Auflassungen zu, so würde der Gefahr leichtsinniger und unüberlegter Auflassungen nicht in dem wünschenswerthen Maße vorgebeugt, damit aber ein folgenschwerer Schritt zur Mobilisirung des Grundbesitzes gethan werden. Die Zusammengehörigkeit der Auflassung und der Eintragung ist nicht blos im Interesse einer befriedigenden juristischen Konstruktion zu betonen, sondern auch thatsächlich insoweit, als nicht die Verhältnisse entgegenstehen, zur Ausführung zu bringen, damit die Forderung der Theorie, daß die Auflassung vor dem offenen Buche vorgenommen werde, in der Praxis sich möglichst verwirkliche.

Anschließung der Eintragung an die Auflassung.

Hinzutritt, daß in Preußen die Einwendungen, welche seinerzeit gegen die Vorschrift, daß die Auflassung nur vor dem Grundbuchamte erfolgen könne, erhoben wurden, längst verstummt sind und daß es überaus bedenklich sein würde, wenn die Reichsgesetzgebung versuchen wollte, eine in der Konsequenz des dinglichen Vertrages liegende, in einem großen Theile des Reiches bewährte und eingebürgerte Einrichtung aus Rücksicht auf diejenigen Rechtsgebiete, welchen die Lösung des dinglichen Vertrages von den obligatorischen Beziehungen der Betheiligten zu einander bisher unbekannt war, von Grund aus umzugestalten.

Erfahrungen in Preußen.

Ist daher an dem Abschlusse des Eigenthumsübertragungsvertrages vor dem Grundbuchamte festzuhalten, so kann auch nicht eine bloße Ordnungsvorschrift als genügend angesehen werden. Es ist eine bekannte Erfahrung, daß eine Formvorschrift, wenn sie bei Vermeidung der Nichtigkeit des Aktes zu beobachten ist, um so sicherer auch befolgt wird. Eine bloße Ordnungsvorschrift würde freilich die Fälle einer wirkungslosen Eintragung zu verringern vermögen. Allein dieser Gewinn würde von zu geringem Belange sein, um die an ihn sich knüpfenden Nachtheile auszugleichen und eine Ausnahme von dem Prinzipe des § 91 zu rechtfertigen.

Rechtliche Bedeutung der Formvorschrift.

Bei der Bedeutung, welche hiernach der in dem § 868 vorgeschriebenen Form der Auflassung beizumessen ist, erscheint es ausgeschlossen, der Landesgesetzgebung die Ersetzung dieser Form durch eine andere, dem bisherigen Rechte in gewissen Gebieten entsprechende Form zuzugestehen[1]). Ein solches Zugeständniß wäre mit der Herstellung eines einheitlichen bürgerlichen Rechtes für das ganze Reich nicht vereinbar; es untersagt sich durch die Erwägung, daß die Gründe, auf welchen der § 868 beruht, zu schwer wiegen, als daß es zulässig sein könnte, aus Rücksicht auf besondere, an sich nicht auf dem Gebiete des Grundbuchrechtes liegende Verhältnisse eine zwiefache Form der Auflassung zu ermöglichen.

---

[1]) Vergl. oben S. 178.

2. Auflassung der Erben des eingetragenen Eigenthümers.

§ 869.

Auflassung ohne vorgängige Eintragung des Erben.

Die Anwendung des § 828 Abs. 1 auf die Eigenthumsübertragung ergiebt, daß der Eigenthümer nur, wenn er die Eintragung als solcher erlangt hat, zur Auflassung berechtigt ist. Von dieser Regel muß jedoch zu Gunsten der Erben des eingetragenen Eigenthümers eine Ausnahme gemacht werden. Die Ausnahme rechtfertigt sich theoretisch vielleicht schon dadurch, daß der Erbe vermöge seines Eintrittes in die Rechtsverhältnisse des Erblassers auch das durch die Eintragung desselben begründete Verfügungsrecht erhält[1]). Jedenfalls hat der Erbe, wenn er ein ererbtes Grundstück nicht behalten, dasselbe vielmehr veräußern will, kein Interesse an seiner Eintragung als Eigenthümer. Ein grundbuchrechtliches Interesse an derselben aber besteht nur für die Fälle einer Belastung des Grundstückes durch den Erben[2]). Die Auflassung muß daher aus Rücksicht auf den Kostenpunkt auch dem nicht eingetragenen Erben zustehen, ganz abgesehen davon, daß durch das Unterbleiben der Eintragung, insbesondere bei dem Vorhandensein vieler Miterben, Raum im Grundbuche erspart wird. Darauf, ob das Eigenthum einem Miterben oder einem Fremden aufgelassen werden soll, kommt es nicht an, da der Grund, aus welchem hier von dem § 828 abgewichen wird, für beide Fälle zutrifft.

Alleinerbe; Miterben.

Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. bestimmt unter § 5: „Miterben können .... ein ererbtes Grundstück auflassen, auch wenn sie nicht als Eigenthümer desselben im Grundbuch eingetragen sind". Der Alleinerbe wird also nur, wenn er als Eigenthümer eingetragen ist, zur Auflassung verstattet. Dasselbe gilt nach den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen und Schaumburg-Lippe[3]). Als Grund für die Beschränkung der Ausnahme auf den Fall, wenn der eingetragene Eigenthümer von mehreren Personen beerbt ist, hat man vom Standpunkte des preuß. Rechtes angeführt: Der Einzelerbe erlange mit dem Tode des Erblassers volle Disposition über das Grundstück, könne es mit seinem Vermögen konfundiren. Die Miterben erlangen volle Disposition erst durch die Erbtheilung; von dem Gesichtspunkte aus, daß sie bis zu dieser gleichsam gemeinsam das Eigenthum des Erblassers fortsetzten, sei zu ihren Gunsten eine Ausnahme gemacht[4]). Ob diese Unterscheidung in dem preuß. Rechte begründet ist, kann hier ununtersucht bleiben. Nach dem vorliegenden Entwurfe trifft sie nicht zu; derselbe enthält keine Bestimmung, durch welche das Recht der Verfügung über ein ererbtes Grundstück als Ganzes sich verschieden gestaltete,

---

[1]) Vergl. zu § 847 S. 254 (3).

[2]) Oben S. 160, 185.

[3]) In dem Ges. über den Eigenthumserw. für Lippe (Detmold) fehlt die Bestimmung des preuß. Gesetzes. In dem braunschw. Ges. ist nur nachgelassen, daß „Erben und Miterben ihre Eintragung im Grundbuche gleichzeitig mit der Auflassung oder Belastung des ererbten Grundstückes beantragen". Nach dem bayr. Entw. III Art. 57 sind die Erben gleichfalls nicht begünstigt.

[4]) Werner 2 S. 111.

je nachdem der eingetragene Eigenthümer mehrere oder nur einen Erben hinterlassen hat[1]). Auch die Landesgesetze, welche hier noch in Betracht kommen, behandeln beide Fälle gleich, indem sie von der Eintragung des Erbfalles absehen, wenn ein auf den Namen des Erblassers eingetragenes Grundstück aus dem Nachlasse veräußert werden soll, gleichviel, ob nur ein einziger Erbe oder ob mehrere Erben vorhanden sind; so namentlich das nassau. Stockb. Ges. v. 15. Mai 1851 §§ 7 ff., das hess. Ges., die Erwerbung des Grundeigenthums ꝛc. betreffend, v. 21. Februar 1852 Art. 4, die dem sächs. Ges. v. 6. November 1843 nachgebildeten Grundb. Gesetze für Altenburg §§ 176 ff. und Reuß ä. und j. L., das sächs. G. B. § 2286, die mecklenb. revid. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 8 Ziff. 4 und das hamb. Ges. über Grundeigenthum ꝛc. v. 4. Dezember 1868 § 4.

Für den Entwurf liegt demnach keine Veranlassung vor, die den Miterben zu gewährende Vergünstigung dem Alleinerben zu versagen.

3. Auflassung unter Bedingungen und Zeitbestimmungen.

a) Aufschiebende Bedingung und Anfangstermin.

§ 870.

Aus den §§ 128—139 erhellt, daß die Wirkung eines Rechtsgeschäftes von einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abhängig gemacht werden kann, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Dies geschieht in dem § 870 für die Uebertragung des Grundeigenthumes, indem die Auflassung, welcher eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin beigefügt ist, für unwirksam erklärt wird.

Geltendes Recht.

In dem geltenden Rechte fehlt es meist an entsprechenden Bestimmungen. Für das preuß. Grundbuchrecht wird die Entscheidung, wie der Entwurf sie trifft, als selbstverständlich angesehen[2]). Das braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 enthält unter § 3 die beiden Sätze: „Bedingte oder betagte Auflassungen sind ohne Wirkung; der Antrag auf eine derartige Eintragung ist zurückzuweisen". In dem bayr. Entw. III Art. 70 wird die Regel aufgestellt, daß, wenn ein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermine eingeräumt ist, vor deren Eintritt die Eintragung des Rechtes nicht stattfindet. Nach dem hess. Ges. v. 21. Februar 1852 Art. 6 gilt die Erklärung des bisherigen Eigenthümers, daß er seine Einwilligung zur Eintragung des Erwerbers ertheile, als Verzicht auf die Bedingung oder die Zeitbestimmung.

Gründe gegen bedingte Auflassungen: Zweck der Buch-einrichtung.

Was zunächst die bedingte Auflassung anlangt, so ist die Zulassung derselben mit der Grundbucheinrichtung unvereinbar, da ein Hauptzweck dieser Einrichtung darin besteht, daß stets der gegenwärtige Eigenthümer durch das Grundbuch nachgewiesen wird, der bedingt Berechtigte aber vor Erfüllung der

---

[1]) Vergl. die §§ 756, 923—925.

[2]) Förster, preuß. Priv. R. §§ 36 und 37, 4. Aufl. (Cecius) Bd. 1 S. 200 und 203; Dernburg, preuß. Priv. R. Bd. 1 § 241, 4. Aufl. S. 608.

Bedingung nicht Eigenthümer ist, seine Eintragung mithin dem gedachten Zwecke widerstreiten würde. Während der Schwebezeit verbleibt das Eigenthum dem Veräußerer. Dem Erwerber würde es nur unter Beifügung der Bedingung zugeschrieben werden können. Geschähe dies, so wäre die Folge die, daß das Grundbuch in der Person des Veräußerers den gegenwärtigen Eigenthümer, in der Person des Erwerbers einen möglichen künftigen Eigenthümer bezeichnete. Dadurch würde die Eigenthumsfrage, auf welche das Buch eine klare und bestimmte Antwort geben soll, verdunkelt und ein Dritter, welcher von ihm Einsicht nimmt, irre geleitet werden. Wären freilich die Rechtsgeschäfte einzutragen, so ließe sich gegen die Eintragung auch eines bedingten dinglichen Vertrages kaum etwas einwenden. Allein das Grundbuch hat in Deutschland überall, wo es auf dem in dem Entwurfe vorausgesetzten Systeme beruht, nicht die Rechtsgeschäfte zu beurkunden, sondern die Rechte, welche durch dieselben begründet werden, bezw. die Rechtsänderungen nachzuweisen. Nur mit so eingerichteten Büchern kann das bürgerliche Gesetzbuch rechnen. Wenn demnach eine aufschiebend bedingte Auflassung keine geeignete Grundlage für die Eintragung des Erwerbers ist, so ermangelt sie der dinglichen Wirkung, welche das Gesetz dem Eigenthumsübertragungsvertrage beilegt. Sie darf daher von dem Grundbuchamte nicht entgegengenommen und muß, wenn dies dennoch geschehen ist, zurückgewiesen werden[1]). Die Vorschrift des hess. Gesetzes, daß die Eintragungsbewilligung als Verzicht auf die Bedingung anzusehen sei, setzt erkennbar voraus, daß diese Bewilligung nach Abschluß des bedingten obligatorischen Veräußerungsvertrages erklärt wird; sie paßt daher nicht für ein System, nach welchem die Bewilligung des Veräußerers Bestandtheil des dinglichen Veräußerungsvertrages ist. Wollte das Gesetz eine diesem Vertrage beigefügte Bedingung als nicht beigefügt betrachten, so würde es an die Erklärung der Vertragschließenden eine Wirkung knüpfen, welche mit der ausgesprochenen Absicht derselben in Widerspruch stände.

Dingliche Bindung.

Ein weiterer Grund gegen die Zulassung aufschiebend bedingter Auflassungen ergiebt sich aus dem Rechte der Bedingungen. Nach § 135 des Entwurfes tritt dingliche Bindung im Falle der aufschiebenden Bedingung nur ein, wenn alle übrigen zur unbedingten Erwerbung des Rechtes gehörenden Erfordernisse vorhanden sind. Hieraus muß gefolgert werden, daß beim Mangel eines solchen Erfordernisses das bedingte Geschäft nur obligatorisch wirken kann. Eine andere Wirkung würde daher auch die bedingte Eigenthumsübertragung nicht haben, weil die zur Vollendung der Erwerbung erforderliche Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers vor Erfüllung der Bedingung nicht vorgenommen werden dürfte.

Ein dritter Grund endlich liegt in der Konsequenz des die Vormerkung zum Schutze obligatorischer Rechte auf Eintragung ablehnenden Standpunktes des Entwurfes[2]).

Anfangstermin.

Die Auflassung mit Beifügung eines Anfangstermines ist aus denselben Gründen unwirksam wie eine aufschiebend bedingte Auflassung. Der

---

[1]) Vergl. bezüglich der Anm. g zu § 828 oben S. 186.

[2]) Oben S. 240, 241.

§ 141 ist demnach hier nicht anwendbar. Ergiebt sich im einzelnen Falle ein Bedürfniß, den Erwerber, der erst später eingetragen werden soll, bis dahin dinglich zu sichern, so kann ihm dadurch Genüge geleistet werden, daß bei sofortiger Auflassung dem Veräußerer der Nießbrauch vorbehalten oder durch Eintragung einer Kautionshypothek Sicherheit geleistet wird.

b) Auflösende Bedingung und Endtermin.

§ 871.

Zulässigkeit.

Nach dem geltenden Rechte ist es im Allgemeinen nicht zweifelhaft, daß der dingliche Vertrag, auch wenn er auf Uebertragung des Eigenthumes an einem Grundstücke gerichtet ist, unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines geschlossen werden kann[1]). Ein praktisches Bedürfniß hierfür ist in der That nicht zu leugnen, und das gegen die Zulassung einer aufschiebend bedingten oder betagten Uebertragung aus dem formellen Buchrechte hergeleitete Bedenken, daß als Eigenthümer nur der gegenwärtige Eigenthümer eingetragen werden kann, läßt sich gegen die Errichtung des dinglichen Vertrages unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermine nicht geltend machen. Denn wer mittels eines solchen Vertrages sein Grundstück veräußert, überträgt das Eigenthum schon durch die Veräußerung auf den Erwerber. Er scheidet aus dem Grundbuche aus und räumt dem Erwerber seine Stelle ein; aber er will wieder Eigenthümer werden, wenn die Bedingung sich erfüllt. Einem Willen dieses Inhaltes wird durch den § 129 die Verwirklichung gesichert. Eine Ungewißheit des Eigenthumes ist allerdings auch hier gegeben, wenn es sich fragt, ob die Bedingung erfüllt ist. Allein der Nachtheil, welcher damit verbunden ist, trifft doch meist nur denjenigen, welcher auf die bedingte Erwerbung des Eigenthumes sich eingelassen hat, insofern nämlich, als er nicht darauf rechnen darf, daß ein Dritter ihm das Grundstück abkaufen oder Kredit auf dasselbe gewähren werde.

Das bürgerliche Gesetzbuch kann demnach die Veräußerung unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermine nicht ausschließen. Die erforderliche Regelung des Verhältnisses ist dieselbe, gleichviel ob eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung dem Geschäfte beigefügt ist.

1. Bedingung.

1. Für den Fall der Bedingung ist der Standpunkt des Entwurfes folgender:

a) Untrennbarkeit der Bedingung von der Auflassung.

a) Die Auflassung ist nicht, wie verschiedentlich gelehrt wird, begriffsmäßig ein actus legitimus, welcher keine Bedingung verträgt. Vielmehr ist die Frage, ob das Eigenthum unter einer auflösenden Bedingung aufgelassen werden kann, eine rein technische. Verneint man sie und verlangt man also unbedingte Erklärungen, so heißt das nichts Anderes, als daß die Bewilligung der Eintragung des Rückfallsrechtes nicht in dem Auflassungsprotokolle zu beurkunden

---

[1]) Windscheid §§ 90, 96; preuß. A. L. R. I, 4 § 115, I, 11 §§ 262 ff.; franz. G. B. Art. 1183 ff.; sächs. G. B. §§ 291, 399; hess. Ges. v. 13. Febr. 1852 Art. 7, 17.

sei, sondern in einem von demselben getrennten Akte. Hierzu scheint der Grundsatz zu führen, daß die Buchbehörde nur mit ganz einfachen bezw. solchen Erklärungen, welche direkt auf ihren Zweck gerichtet sind, befaßt werden dürfe. Allein die Bejahung der gestellten Frage ist besser begründet.

Mit einer Loslösung der Bedingung von der Auflassung ist für denjenigen, welcher das Eigenthum nur unter einer auflösenden Bedingung übertragen will, die Gefahr verbunden, daß er das Eigenthum aufläßt, ohne die Gewißheit zu haben, daß die Eintragung seines Rückfallsrechtes von dem Erwerber bewilligt werden oder doch die zunächst offene Stelle im Grundbuche erhalten werde. Der praktische Werth des auflösend bedingten Geschäftes liegt aber gerade darin, daß die Wirkungen desselben nur mit dem Vorbehalte ihrer Beseitigung eintreten, der Veräußerer mithin in dem Geschäfte selbst die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Falle der Erfüllung der Bedingung gesichert findet. Deshalb untersagt es sich, den Veräußerer zu nöthigen, die Auflassung getrennt von der Bedingung zu erklären. Vielmehr ist das Gesetz so einzurichten, daß Auflassung und Bedingung, weil sie innerlich zusammen gehören, ihre Zusammengehörigkeit auch äußerlich dadurch wahren können, daß sie in denselben Protokolle beurkundet werden.

Eintragung des Erwerbers.

Hieraus darf man jedoch nicht folgern, daß auf Grund der bedingten Auflassung nun auch die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers nur als eine bedingte im Grundbuche zu vollziehen wäre. Eine solche Eintragung ist in einigen Staaten ausdrücklich, in anderen durch die Einrichtung des Buches ausgeschlossen[1]). Für den Entwurf kommt es hauptsächlich darauf an, die Buchführung mit dem Rechte der Bedingungen in Einklang zu setzen. Zur Erreichung dieses Zieles muß die Eintragung so bewirkt werden, daß, wenn die Bedingung ausfällt, die Unbedingtheit des Eigenthumes durch einfache Löschung des Rückfallsrechtes im Grundbuche zur Anerkennung gebracht werden kann. Nun sind aber die Grundbücher in großen Gebieten des Reiches, namentlich in den Geltungsgebieten der preuß. Gesetze v. 5. Mai 1872, so eingerichtet, daß in der für die Eintragung des Eigenthümers bestimmten Abtheilung des Grundbuchblattes Löschungen sich nicht ausführen lassen, diese Abtheilung mithin Vermerken, welche der Löschung fähig sind, verschlossen ist. Hiermit hat das bürgerliche Gesetzbuch zu rechnen, um nicht die Fortführung der in jenen Gebieten bestehenden Grundbücher zu gefährden. Es bleibt daher nur übrig, die Eintragung des Eigenthümers als eine unbedingte in Aussicht zu nehmen und die Eintragung des Rückfallsrechtes in die für Belastungen des Grundstückes bestimmte Abtheilung des Blattes zu verweisen. Der Aufgabe des Grundbuches, den gegenwärtigen Eigenthümer zu bezeichnen, wird ohnehin hierdurch, wenigstens formell, Rechnung getragen.

Eintr. des Rückfallsrechtes.

Die vorstehende Auffassung gelangt in dem ersten Abs. des § 871 zum Ausdrucke. Etwa nöthige besondere Verfahrensvorschriften bleiben der Grundbuchordnung vorbehalten.

---

[1]) Ausdrückliche Bestimmungen finden sich in den Grundb. Gesetzen für Hamburg § 8, Anhalt § 16, Braunschweig § 3. Stillschweigend ausgeschlossen ist die bedingte Eintragung des Eigenthümers nach der preuß. Grundb. O. §§ 10 ff.

b) Verfügungsrecht während der Schwebezeit

b) Der Erwerber kann über das Eigenthum nur so verfügen, wie ihm dasselbe zusteht, also, wenn ihm die Auflassung unter einer auflösenden Bedingung ertheilt ist, nur unbeschadet des Rückfallsrechtes des Veräußerers, so zwar, daß zu Gunsten des letzteren die getroffenen Verfügungen durch die Erfüllung der Bedingung unwirksam werden. Dies ergiebt sich für den Entwurf aus dem § 135, entspricht aber auch dem gemeinen, dem preuß. und dem franz. Rechte[1]).

Das sächs. G. B. hält die Verfügungen des Erwerbers aufrecht, gewährt hierfür aber dem Veräußerer dadurch einen formellen Schutz, daß es die Belastung des Grundstückes, so lange die Bedingung nicht ausgefallen ist, dem Erwerber nur mit Zustimmung des Veräußerers gestattet[2]). Die Gesetze Hamburgs und Mecklenburgs steigern diesen Schutz bis zur vollständigen Sperre des Grundbuches gegen alle Verfügungen, welche der Erwerber zum Nachtheile des Veräußerers über das Grundstück vornehmen könnte[3]).

Sperre des Grundbuches.

Der Entwurf hat im Allgemeinen es abgelehnt, mit den Verfügungsbeschränkungen, welche zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienen, eine Sperre des Grundbuches zu verbinden[4]). Er kann daher, schon um die Harmonie mit diesem Standpunkte nicht zu stören, auch der auflösenden Bedingung bei der Veräußerung eine solche Wirkung nicht zugestehen. Die Sperre würde freilich die durch die Erfüllung der Bedingung nothwendig werdende Wiederherstellung des früheren Zustandes zu Gunsten des Veräußerers erheblich vereinfachen und erleichtern. Aber dieser Grund wiegt nicht schwer genug, um den aus der Sperre sich ergebenden scharfen Eingriff in die Rechtsstellung des Eigenthümers zu rechtfertigen. Der Entwurf ist daher bei Bestimmung der Rechte des Erwerbers in dem § 871 Abs. 2 Satz 1 über den § 135 nicht hinausgegangen.

Zwangsversteigerung.

Dagegen enthält Satz 2 eine besondere Vorschrift für den Fall der Zwangsvollstreckung. Würde in dieser Hinsicht nichts bestimmt, so würde das Grundstück nicht allein auf Grund von Rechten, welche nach Erfüllung der Bedingung unwirksam wären, sondern auch wegen persönlicher Ansprüche gegen den Eigenthümer zur Versteigerung gestellt werden können. Der Zuschlag wäre freilich dem Ersteher nur unbeschadet des eingetragen Rückfallsrechtes zu ertheilen[5]), d. h. mit dem Vorbehalte, daß das Eigenthum an den Berechtigten zurückfiele, wenn die Bedingung sich erfüllte. Allein auf ein Grundstück, welches nur mit einer solchen Beschränkung erworben werden könnte, würden schwerlich angemessene Gebote abgegeben werden; die Veräußerung würde den

---

[1]) Windscheid § 89; preuß. A. L. R. I, 4 §§ 114—116, I, 11 §§ 264, 265 u. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 1, 2, 9—11, 13, 19; franz. G. B. Art. 1168, 1183.

[2]) Sächs. G. B. §§ 291, 399, 507, 573, 644, 661. Sachlich im Wesentlichen ebenso schon das dem bayr. Hypoth. Ges. §§ 4 und 14 folgende sächs. Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843, mit dessen bezüglichen Bestimmungen die gleichnamigen Gesetze für Altenburg §§ 29, 46, Reuß ä. und j. L. in Einklange stehen.

[3]) Hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 22, mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 35 und Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 48, Hypoth. Ges. für die Dom. in Schwerin v. 2. Januar 1854 § 37 und Strelitz v. 24. Dezember 1872 § 54.

[4]) §§ 107, 837, oben S. 219, 220.

[5]) Oben S. 149.

Eigenthümer schädigen, ohne den Gläubigern desselben zu nützen. Der Entwurf versagt deshalb die Zwangsversteigerung auf Grund von Ansprüchen, welchen das Rückfallsrecht vorgeht, ganz so wie in dem Falle des § 107 Abs. 4.

c) Unveräußerlichkeit des Rückfallsrechtes.

c) Der Veräußerer kann über das Rückfallsrecht zu Gunsten eines Dritten verfügen, sofern nicht durch das Gesetz die Verfügung ausgeschlossen wird. Es erscheint aber nicht räthlich, in diesem Punkte an der Rechtskonsequenz festzuhalten. Man würde, wenn man die Veräußerung des Rückfallsrechtes zuließe, unterscheiden müssen, ob dieselbe vor oder nach Eintritt der Bedingung vorgenommen werden soll. Für den ersteren Fall entstände die Frage, ob als Veräußerungsform die Abtretung im Sinne des § 293 oder der dingliche Vertrag und die Eintragung in Gemäßheit des § 828 zu bestimmen wäre. Wie man aber auch diese Frage entschiede, immerhin würde man die mit mancherlei Unzuträglichkeiten verbundene und einer besonderen Regelung bedürfende Buchführung über ein Recht eröffnen, welches als verkehrsfähig nicht anerkannt werden könnte. Schwerlich würden Fälle vorkommen, in welchen das Rückfallsrecht den Gegenstand eines reellen Veräußerungsgeschäftes bildete. Ein Bedürfniß für die Anerkennung der Veräußerlichkeit eines solchen Rechtes ist nicht vorhanden. In dem zweiten Falle, wenn nämlich die Bedingung bereits erfüllt, also das Eigenthum an den Berechtigten zurückgefallen ist, kann die Veräußerung nur mittels Auflassung nach Maßgabe des § 868 bewirkt werden. Auflassen kann aber der Berechtigte vor seiner Eintragung als Eigenthümer nicht. Das Zweckmäßigste ist daher, das Rückfallsrecht für unveräußerlich zu erklären. Die Versagung der Belastung desselben bedarf dann einer besonderen Rechtfertigung nicht. Aus Rücksicht auf den Sprachgebrauch des Entwurfes wird sie indessen neben der Unveräußerlichkeit in dem Abs. 3 des § 871 ausdrücklich hervorgehoben.

d) Uebergang des Eig. auf den Rückfallsberechtigten.

d) Wenn die der Veräußerung beigefügte Bedingung sich erfüllt, so fällt das Eigenthum nach röm. Rechte und dem franz. G. B. ohne Weiteres an den Veräußerer zurück[1]). Nach dem sächs. G. B. § 291 dagegen und den übrigen Gesetzen, welche die Erwerbung von der Eintragung abhängig machen, wird der Eigenthümer nur verpflichtet, das Eigenthum dem Berechtigten zu übertragen[2]). Das preuß. A. L. R. scheint zwischen diesem und jenem Standpunkte die Mitte zu halten, indem seine Bestimmungen die Auslegung gestatten, daß derjenige, dessen Eigenthum durch eine auflösende Bedingung beschränkt ist, durch die Erfüllung der Bedingung nicht aufhört, Eigenthümer zu sein, sondern nur zur Uebertragung des Eigenthumes auf den Berechtigten verpflichtet wird, daß aber der entsprechende Anspruch des letzteren gegen Jedermann und selbst im Konkurse des Verpflichteten wirksam ist[3]).

Der Entwurf läßt in § 871 Abs. 4 das Eigenthum mit der Erfüllung der Bedingung ohne Zuthun der Betheiligten auf den Rückfallsberechtigten

---

[1]) In den Mot. zu dem bayr. Entw. III Art. 70 wird der Rückfall des Eigenthumes als selbstverständlich bezeichnet. Nach röm. Rechte gilt er anscheinend nur im Zweifel.

[2]) Vergl. S. 322 Anm 2, 3.

[3]) A. L. R. I, 4 § 115 I, 11 § 262; Dernburg, Priv. R. 1 § 90 a. E.

übergehen. Er lehnt somit den Standpunkt des sächs. G. B. ab, trifft dagegen in den praktischen Ergebnissen mit dem preuß. A. L. R. zusammen. Wollte er dem letzteren auch formell sich anschließen, so würde die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur durch Auflassung vermittelt werden können. Wenn dann aber dem Anspruche des Berechtigten auf Auflassung dingliche Wirkung zugestanden würde, so hätte man sachlich das bedingte Eigenthum des Entwurfes. Handelt es sich daher dem preußischen Rechte gegenüber wesentlich nur um die juristische Konstruktion, so darf nicht außer Acht bleiben, daß das dinglich wirkende Recht auf Auflassung im Grunde eine Erscheinungsform des von dem Entwurfe abgelehnten jus ad rem ist und die Verwerthung der Auflassung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes überdies einen bedeutenden Kostenaufwand zur Folge hat, weil die Auflassung in großen Gebieten des Reiches dem hohen Veräußerungsstempel unterliegt. Der Annahme eines bedingten Eigenthumes steht weder das eine noch das andere Bedenken entgegen. Daneben hat aber diese Konstruktion den Vorzug, daß sie voll und ganz die Konsequenzen zieht, welche aus dem § 129 sich ergeben.

Berichtigung des Grundbuches.

Der Einwand, daß der Rückfall des Eigenthumes mit dem Ingrossationssysteme sich nicht vereinigen lasse, mag nach dem sächs. G. B. seine Berechtigung haben. Vom Standpunkte des Entwurfes erledigt er sich dadurch, daß dieser bereits in der allgemeinen Bestimmung des § 843 die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen dem Grundbuche und der wirklichen Rechtslage anerkennt. Das Buch wird durch die Erfüllung der Bedingung unrichtig, indem dann nicht mehr derjenige, welchen es als Eigenthümer bezeichnet, sondern der Rückfallsberechtigte der wahre Eigenthümer ist. Es liegt ganz die Voraussetzung vor, an welche der § 843 seine Vorschriften knüpft. Wenn daher der § 871 auf diese Vorschriften verweist, um die Eintragung des Berechtigten als Eigenthümers und die Löschung der unwirksam gewordenen Rechte Dritter zu ermöglichen, so wird auf die alsbaldige Hebung des Widerspruches zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage um so sicherer gerechnet werden können, je mehr das eigene Interesse den Berechtigten darauf hinweisen wird, die Berichtigung des Buches nicht zu verzögern.

Endtermin.

2. Der Fall, in welchem der Auflassung ein Endtermin beigefügt ist, muß gemäß §§ 142, 143 ebenso behandelt werden wie der Fall einer auflösend bedingten Auflassung. Die Besorgniß, daß die Zulassung einer Uebertragung des Eigenthumes bis zu einem gewissen Termine Verhältnisse schaffen könne, welche mit der längst überwundenen Erbunterthänigkeit vergleichbar und den Latifundienbesitz erheblich zu fördern geeignet seien, wird durch Erfahrungen in Deutschland nicht gerechtfertigt. Der Hinweis auf England aber trifft nicht zu, weil die Sitten und Gewohnheiten in beiden Ländern zu verschieden sind.

II. Zueignung und Aufgebot.

1. Zueignung.

§ 872.

Die zu regelnden Punkte.

Der Entwurf eröffnet im Einklange mit dem geltenden Rechte dem Eigenthümer eines Grundstückes die Möglichkeit, das Eigenthum aufzugeben,

ohne dasselbe auf einen Anderen zu übertragen (Dereliktion)[1]). Der Grund hierfür beruht in der Erwägung, daß Fälle vorkommen können, in welchen durch Krieg oder elementare Ereignisse ein Grundstück dergestalt verwüstet und entwerthet ist, daß Niemand sich findet, der geneigt wäre, es zu erwerben. In solchen Fällen, wo das Grundstück keinen oder wenigstens nicht einen die Lasten deckenden Ertrag abwirft, wäre es eine ungerechtfertigte Härte, wenn das Gesetz den Eigenthümer nöthigte, nach wie vor die Funktionen eines solchen zu versehen. Die Punkte, welche der reichsgesetzlichen Regelung bedürfen, sind nach § 872 Abs. 1 die Erfordernisse und die Wirkung der Dereliktion, Abs. 2 die Erwerbung des Eigenthumes seitens des zur Zueignung des Grundstückes Berechtigten, Abs. 3 der Schutz des Interesses dritter Personen.

a) Die Dereliktion erfordert sowohl nach dem röm. Rechte als auch nach dem preuß. A. L. R. I, 9 § 16 und dem franz. G. B. Art. 539, daß der Eigenthümer seinen Willen, sich des Eigenthumes zu entäußern, dadurch bethätigt, daß er die Sache verläßt, d. h. die thatsächliche Herrschaft über dieselbe aufgiebt; die Wirkung hiervon ist, daß die Sache herrenlos wird. Das sächs. G. B. dagegen läßt den Verlust des Eigenthumes an einer von dem Eigenthümer aufgegebenen unbeweglichen Sache so lange nicht eintreten, als der Eigenthümer im Grundbuche eingetragen ist. „Erklärt er bei Gericht, das Eigenthum aufgeben zu wollen, so ist die unbewegliche Sache als erbloses Gut zu behandeln, nachdem ein öffentlicher Aufruf der etwa Berechtigten stattgefunden hat“[2]). Nach dem bayr. Entw. muß die Erklärung in einer Notariatsurkunde oder bei der zuständigen Steuerbehörde oder Ortsobrigkeit abgegeben werden. Das Eigenthum geht indessen erst dann verloren, wenn entweder der Eigenthümer in der Absicht der Entsagung die Löschung seiner Eintragung im Grundbuche erwirkt oder die zu der Erwerbung des aufgegebenen Grundstückes berechtigte Gemeinde als Eigenthümerin eingetragen wird[3]). a) Erfordernisse und Wirkung der Dereliktion.

Die Dereliktion ist ihrem Begriffe nach der einseitige Verzicht auf das Eigenthum. Hierdurch unterscheidet sie sich von dem in der Auflassung enthaltenen Verzichte, da dieser von dem Eigenthümer wirksam nur erklärt werden kann, wenn er von dem Erwerber angenommen wird. Im Uebrigen liegt kein Grund vor, die Dereliktionserklärung anders zu behandeln als die Auflassungserklärung des Eigenthümers[4]). Es wäre namentlich nicht angemessen, wenn das Gesetz, während es zur Uebertragung des Eigenthumes an einem Grundstücke ein Aufgeben des Besitzes nicht erfordert[5]), dieses Erforderniß für die Dereliktion aufstellen wollte. Das Eigenthum wäre nicht genügend geschützt, wenn es schon dadurch verloren gehen könnte, daß der Eigenthümer den Entschluß, sich seines Rechtes zu entäußern, durch sein thatsächliches Verhalten gegenüber dem Grundstücke bekundete. Um einerseits unüberlegten und leicht-

---

[1]) In dem vorm. Herzogth. Nassau ist nach Bertram § 142 S. 54 die Dereliktion eines Grundstückes unstatthaft.

[2]) Sächs. G. B. § 294.

[3]) Bayr. Entw. III Art. 151, 152.

[4]) Vergl. § 834 und dazu oben S. 200.

[5]) Vergl. oben zu § 828 S. 162.

sinnigen Dereliktionen vorzubeugen und andererseits die Frage, ob wirklich Derelikton vorliegt, Zweifeln zu entziehen, empfiehlt sich die Formalisirung des Geschäftes in der Weise, daß die Abgabe der Dereliktionserklärung vor dem Grundbuchamte und die Eintragung derselben in das Grundbuch vorgeschrieben wird. Nur wenn beide Erfordernisse erfüllt sind, erlischt nach dem Entwurfe das bisherige Eigenthum.

b) Erwerb des derelinquirten Grundstückes durch Eintragung.

b) Das Recht, ein derelinquirtes Grundstück sich zuzueignen, steht nach dem röm. Rechte demjenigen zu, der zuerst den Besitz ergreift, nach dem bayr. Entw. III Art. 151 der Gemeinde, in deren Markung das Grundstück liegt, nach dem preuß. A. L. R. II, 16 §§ 8, 12 und dem sächs. G. B.[1]) dem Staate; nach dem franz. G. B. Art. 539 erlangt der Staat das Eigenthum schon durch die Derelikton.

Die Reichsgesetzgebung hat keine Veranlassung, die Person des Berechtigten zu bestimmen. Sie würde, wenn sie dies thäte, in das öffentliche Recht verschiedener Staaten eingreifen[2]). Ein solcher Eingriff aber ist durch Rücksichten auf die Herstellung eines einheitlichen Privatrechtes für das Reich nicht geboten. Vielmehr kann die Entscheidung darüber, wer zur Erwerbung eines derelinquirten Grundstückes berechtigt sein soll, nach dem Vorgange des § 49 Abs. 1 ohne Schaden der Landesgesetzgebung überlassen bleiben.

Dagegen muß die Erwerbung selbst als ein sachenrechtliches Geschäft in dem bürgerlichen Gesetzbuche geregelt werden. Für diese Regelung bieten sich zwei Wege: man kann das aufgegebene Eigenthum kraft des Gesetzes auf den Berechtigten übergehen lassen; man kann aber auch die Erwerbung von dem Willen des letzteren abhängig machen. Der erstere Weg indessen ist nicht zu betreten, weil er nothwendig zu einer Härte gegen den Erwerber führt, wenn das Grundstück über seinen Werth belastet oder die Erwerbung sonst mit Nachtheilen verbunden ist. Diese Härte wird vermieden, wenn das Gesetz auch hier an dem allgemeinen Grundsatze festhält, daß der Uebergang eines Rechtes sich nicht ohne Zustimmung desjenigen vollziehen darf, auf welchen dasselbe übergehen soll[3]). Muß sonach der zweite Weg eingeschlagen werden, so entspricht es dem Standpunkte des Entwurfes in den §§ 828 ff., die Vollendung der Erwerbung des aufgegebenen Eigenthumes von der Eintragung in das Grundbuch abhängig zu machen. Das Grundbuchamt hat, wenn der landesgesetzlich zu der Erwerbung Berechtigte seine Eintragung als Eigenthümer beantragt, diese Eintragung zu bewirken. Der Antrag ist nicht blos die formelle Voraussetzung für die Thätigkeit der Behörde, sondern zugleich das einseitige Rechtsgeschäft, durch welches der Berechtigte unter Hinzutritt der Eintragung das Eigenthum erwirbt. Die Analogie der Auflassung scheint die Errichtung dieses Geschäftes in der Form des § 868 zu fordern. In Wirklichkeit ist dasselbe jedoch nicht wichtig genug, um es an eine schärfere als die allgemeine Form des dinglichen Vertrages zu knüpfen.

---

[1]) § 294 verb. mit §§ 2618—2620.
[2]) Vergl. oben S. 301.
[3]) Oben S. 7, 8, 138, 159.

c) Wenn das aufgegebene Eigenthum auf den zu dessen Erwerbung Berechtigten nicht kraft des Gesetzes übergeht, so bedarf es einer besonderen Regelung des Verhältnisses für die Zwischenzeit zur Wahrung des Interesses derjenigen, welche ein Recht an dem Grundstücke geltend machen können. Handelte es sich blos um die Geltendmachung von Hypotheken, Grundschulden und Reallasten, so wäre es vielleicht angezeigt, die Betheiligten auf den Weg der Zwangsversteigerung zu verweisen, obschon hiergegen das Bedenken sich erheben würde, daß das Verfahren ohne die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung eingeleitet und ohne Zuziehung eines Eigenthümers durchgeführt werden müßte. Allein es sind noch andere Interessen zu berücksichtigen, welchen man durch die Zwangsversteigerung nicht gerecht werden kann, z. B. die Interessen eines nicht eingetragenen Eigenthümers, ferner eines Berechtigten, welcher die Wiedereintragung seines zu Unrecht gelöschten Rechtes verlangt, sowie desjenigen, welcher die Gestattung eines Nothweges zu beanspruchen hat. Diesen Personen kann nur dadurch geholfen werden, daß auf deren Verlangen von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichtes bezw. von dem Vollstreckungsgerichte ein Vertreter bestellt wird, welchem die Wahrung der Rechte des Eigenthümers obliegt. Einen Vorgang für diese Lösung bietet die Vorschrift des § 55 der C. P. O. Eine gewisse Schwierigkeit entsteht zwar daraus, daß es fraglich ist, wer als der Vertretene angesehen werden muß, — der frühere Eigenthümer, der Zueignungsberechtigte, die Gesammtheit der außer dem Antragsteller Betheiligten, oder etwa das Grundstück. Indessen diese Schwierigkeit ist augenscheinlich nur eine theoretische; für das Gesetz genügt die Bestimmung, daß der Vertreter die aus dem Eigenthume sich ergebenden Rechte wahrzunehmen hat.

c) Schutz der Interessen Dritter.

Der Antrag auf Bestellung des Vertreters ist nach dem Entwurfe zulässig, sobald die Dereliktion in das Grundbuch eingetragen ist. Ein Grund, den Antragsteller zu nöthigen, vorerst an den Zueignungsberechtigten sich zu wenden und demselben eine Frist zur Eintragung zu stellen, liegt nicht vor. Die Sache würde dadurch nur verzögert, ohne daß die Fristsetzung dem Zueignungsberechtigten, dem schon das Grundbuchamt in den meisten Fällen Nachricht von dem Dereliktionsfalle geben wird, Vortheil gewährte. Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es in Deutschland noch Gebiete giebt, in welchen aufgegebene Grundstücke der freien Okkupation unterliegen.

Die Kosten der Vertretung fallen dem Antragsteller zur Last, weil dieselbe in seinem Interesse angeordnet wird. Ist ein Dritter ihm zum Ersatze verpflichtet, so ist es seine Sache, sich an diesen zu halten. Aus dem Grundstücke sind die Kosten nur zu erstatten, wenn sie zu solchen Beitreibungskosten gehören, für welche dasselbe haftet.

2. Aufgebot.

§ 873.

Im Geltungsbereiche der preuß. Hypoth. O. v. 20. Dezember 1783 konnte nach einer Kab. O. v. 9. Mai 1839 der Besitzer eines Grundstückes, für welches ein Folium im Hypothekenbuche angelegt werden sollte, die Berichtigung seines

Bisheriges Recht.

Besitztitels verlangen, wenn er ein Erkenntniß vorlegte, durch welches die etwaigen Eigenthumsprätendenten nach erfolgtem Aufgebote mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen waren. Ein Gesetz v. 7. März 1845 erklärt in seinem § 1 dieses Aufgebot auch dann für zulässig, „wenn der Besitzer eines bereits in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstückes sein Recht von einem Anderen als dem zuletzt eingetragenen Besitzer herleitet oder bei der Herleitung seines Rechtes von diesem Besitzer nachweist, daß derselbe gestorben oder rechtskräftig für todt erklärt worden ist". Zur Begründung des Antrages, das Aufgebot zu erlassen, muß nach § 2 der Antragsteller durch ein Zeugniß der Ortsbehörde nachweisen, daß er das Grundstück eigenthümlich besitze, oder die Erwerbung des Eigenthumes durch eine öffentliche Urkunde bescheinigen und außerdem „entweder die Urkunde, durch welche der zuletzt eingetragene Besitzer das Grundstück veräußert hat, oder dessen Einwilligung in die beantragte Umschreibung des Besitztitels in beglaubigter Form beibringen, oder den Beweis führen, daß der zuletzt eingetragene Besitzer vor länger als einem Jahre gestorben oder rechtskräftig für todt erklärt worden ist". In dem § 3 sind Vorschriften über die Ladung der Eigenthumsprätendenten gegeben, und der § 4 ordnet die Berichtigung des Besitztitels nach rechtskräftig erfolgter Präklusion der nicht erschienenen und nach Beseitigung des Widerspruches der erschienenen Eigenthumsprätendenten an.

Die mecklenb. Stadtb. Ordnungen v. 21. Dezember 1857 kennen ein Aufgebot in dem Falle, daß die Auflassungserklärung um deswillen nicht zu erlangen ist, weil der zu ihrer Abgabe verpflichtete Eigenthümer oder dessen Erben nicht zugänglich sind. Weist in einem solchen Falle der Berechtigte die vollständige Befriedigung des bisherigen Eigenthümers nach, so kann dieser öffentlich aufgefordert werden, binnen einer bestimmten Frist die Auflassung zu erklären. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist gilt die Erklärung als abgegeben[1]). In ähnlicher Weise suchte der im Jahre 1869 dem preuß. Landtage vorgelegte Entwurf einer Grundb. O. in § 50 das Verhältniß zu regeln. Der Entwurf von 1871 ließ diese Regelung als entbehrlich fallen.

Standpunkt des Entw

Für den vorliegenden Entwurf kann es gegenüber der Vorschrift des § 833, daß die Eintragungsbewilligung und also auch die Auflassungserklärung durch ein gerichtliches Urtheil nach näherer Bestimmung der C. P. O. § 779 Abs. 1 ersetzt wird, sich nur darum handeln, ob ein Aufgebotsverfahren im Sinne des preuß. Ges. v. 7. März 1845 zum Zwecke der Eintragung eines neuen Eigenthümers zugelassen werden soll. In Preußen hat sich die Meinung Anerkennung verschafft, daß dieses Gesetz durch die Grundb. Gesetze v. 5. Mai 1872 beseitigt sei. Sie stützt sich vornehmlich darauf, daß das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. in den Fällen der freiwilligen Veräußerung den Uebergang des Eigenthumes von einer Auflassung und der Eintragung des Erwerbers abhängig mache und folglich nicht vereinbar sei mit einem Gesetze, welches auf dem Grundsatze, daß das Eigenthum durch Titel und Uebergabe erworben werde, beruhe und gerade bestimmt sei, die Heilung gewisser Mängel des Titels zu

[1]) Ebenso die Hypoth. O. für den Privatgrundbesitz in den Domänen ꝛc. des Großherzogthumes Mecklenburg-Strelitz v. 24. Dezember 1872 § 25 Nr 3.

ermöglichen. Welches Gewicht dieser Grund für das preuß. Recht hat, kann hier dahingestellt bleiben. Für den Entwurf ist er ohne Belang, wenn hier von dem Titel abgesehen und der Besitz nur als Voraussetzung des Aufgebotsverfahrens verwerthet wird. Entscheidend ist lediglich die Rücksicht auf das praktische Bedürfniß.

Praktisches Bedürfniß.

Es kommt nicht selten vor, daß, wenn der obligatorische Veräußerungsvertrag geschlossen und das Grundstück dem Erwerber übergeben ist, die Betheiligten die Auflassung versäumen, sei es aus Nachlässigkeit, sei es in der Absicht, die Kosten zu ersparen. Ergiebt sich dann nach längerer Zeit die Nothwendigkeit der Eintragung des Erwerbers, so entstehen Schwierigkeiten, wenn der Veräußerer inzwischen verstorben und seine Erben nicht bekannt oder doch nicht erreichbar sind. Man braucht aber gar nicht einmal einen Veräußerungsfall zu unterstellen. Ist schon der Erblasser als Eigenthümer nicht eingetragen, so ist es möglich, daß sein Eigenthum von den Erben nicht nachgewiesen und die Eintragung derselben nicht erlangt werden kann. Zur Erledigung solcher Fälle muß das Gesetz die Mittel bieten, freilich nicht um den Betheiligten aus der selbstverschuldeten Verlegenheit zu helfen, wohl aber im öffentlichen Interesse, welches erheischt, daß die Grundbucheinrichtung für alle Grundstücke sich bethätige, in erster Linie also den Eigenthümer nachweise. Das sicherste Mittel, das Grundbuch wieder in Ordnung zu bringen, ist das öffentliche Aufgebot zur Erwirkung eines Ausschlußurtheiles gegen den bisherigen Eigenthümer. Wenn die Landesgesetze, welche auf dem Grundbuchsysteme beruhen, dieses Mittel nicht verwerthen, so kann hieraus dessen Entbehrlichkeit um so weniger gefolgert werden, als noch neuerdings in Preußen ein Fall veröffentlicht worden ist, in welchem, nachdem der eingetragene Eigenthümer verstorben war, nur auf dem Wege des Aufgebotes die Eintragung eines neuen Eigenthümers ermöglicht werden konnte[1]). Die Bestellung eines Nachlaßpflegers, auf welche die Gegner des Aufgebotes verweisen, ist kein genügender Ersatz für dasselbe. Denn sie gewährt keine Aushülfe, wenn die Erben des eingetragenen Eigenthümers bekannt sind nnd den Nachlaß getheilt haben, hiernächst aber alle oder einige von ihnen verschollen sind, so daß Todeserklärungen erfolgen müßten; sie ist mitunter auch deshalb nicht am Platze, weil die Kosten, welche sie verursachen würde, nicht in einem entsprechenden Verhältnisse zu dem Werthe des Grundstückes stehen, dessen Eigenthümer der Ermittelung bedarf. Das Aufgebotsverfahren dagegen führt auch in diesen Fällen auf die einfachste Weise zur Eintragung eines neuen Eigenthümers. Es kommt überhaupt dem praktischen Bedürfnisse in dem weitesten Umfange entgegen, indem es zugleich einen angemessenen Ersatz für die von dem Entwurfe abgelehnte Ersitzung bietet.

Die zu regelnden Punkte

Zur Rechtfertigung der einzelnen Sätze, welche der § 873 aufstellt, ist nur Weniges zu bemerken.

a) Voraussetzungen des Aufgebotes.

a) Das Aufgebot ist nach Abs. 1 nur zulässig, wenn der eingetragene Eigenthümer verstorben ist. Diese Voraussetzung ergiebt sich daraus, daß das Verfahren lediglich den Zweck hat, das Grundbuch in Ordnung zu bringen,

[1]) Johow u. Küntzel, Jahrb. für Entscheid. des Kammerger. 5 S. 113.

das Buch aber bei Lebzeiten desjenigen, welchen es als Eigenthümer bezeichnet, regelmäßig in Ordnung ist oder doch mit den gewöhnlichen Mitteln, welche das Gesetz gewährt, in Ordnung gebracht werden kann. Das Aufgebot setzt ferner voraus, daß derjenige, welcher es beantragt, mindestens seit dreißig Jahren, von dem Tode des als Eigenthümer Eingetragenen an gerechnet, sich im Besitze des Grundstückes befindet. Die hierin liegende erhebliche Abweichung von dem preuß. Ges. ist dadurch geboten, daß der Entwurf von dem Nachweise eines Erwerbungstitels absieht. Beachtet man ferner, daß der Besitzer auch seinen guten Glauben nicht darzuthun braucht, so wird man schon durch die Rücksicht auf die ordentliche Verjährungsfrist darauf hingewiesen, einen dreißigjährigen Besitzstand zu fordern. Der bisherige Eigenthümer würde aber auch gegen die Gefahr, das Eigenthum an einen Unberechtigten zu verlieren, nicht genügend gesichert sein, wenn das Aufgebot bei einem kürzeren Besitzstande zugelassen würde. Das Erforderniß eines dreißigjährigen Besitzes vereinfacht überdies das Gesetz ungemein, indem es von jeder Beschränkung des Aufgebotes zu Gunsten der Rechtsnachfolger des eingetragenen Eigenthümers abzusehen gestattet.

Die Zuständigkeit des Gerichtes, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, entspricht dem § 839 Abs. 2 der C. P. O.

b) Berechnung der Besitzzeit.

b) Für die Berechnung des dreißigjährigen Besitzes gewährt die Berechnung der zur Ersitzung einer beweglichen Sache erforderlichen Besitzzeit eine angemessene Analogie. Es genügt deshalb hier auf die bezüglichen Vorschriften zu verweisen (Abs. 2) 1.

c) Begründung des Aufgebotsantrages.

c) Zur Begründung des Antrages auf Erlassung des Aufgebotes gehört der Nachweis, daß die in Abs. 1 bestimmten Voraussetzungen des Verfahrens vorliegen. Behauptet der Antragsteller, daß der eingetragene Eigenthümer verstorben sei, so muß er in Gemäßheit des § 4 den Tod beweisen. Der Beweis wird durch Vorlegung der Sterbeurkunde geführt. Stützt sich der Antragsteller darauf, daß der eingetragene Eigenthümer für todt erklärt sei, so muß, da die Todeserklärung nach § 5 nur durch Urtheil erfolgen kann, eine Ausfertigung des Urtheiles beigebracht werden[1]). Bezüglich der übrigen Thatsachen, welche das Aufgebot voraussetzt, erscheint es nach dem Vorgange des § 12 ausreichend, wenn der Antragsteller dieselben glaubhaft macht (Abs. 3).

d) Inhalt des Aufgebotes.

d) Wenn in Abs. 4 vorgeschrieben wird, daß der bisherige Eigenthümer in dem Aufgebote aufzufordern ist, seine Rechte zur Vermeidung der Ausschließung anzumelden, so entspricht dies dem Zwecke des Verfahrens[2]). Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß für dasselbe die Vorschriften der C. P. O. maßgebend sind.

e) Eintragung des Antragstellers als Eigenth.

e) Ist das Ausschlußurtheil ergangen, so liegt das Verhältniß ähnlich wie in dem Falle, in welchem das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer aufgegeben ist. Die Gründe mithin, aus welchen der § 872 die Erwerbung eines derelinquirten Grundstückes dem Eintragungsprinzipe unterwirft, führen folgerecht dahin, im Falle des Aufgebotes den Uebergang des

---

[1]) Vergl. zu § 836 S. 207.

[2]) Vergl. C. P. O. §§ 814, 841.

Eigenthumes auf denjenigen, welcher das Ausschlußurtheil erwirkte, ebenfalls von der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch abhängig zu machen (Abs. 5), zumal anderenfalls der Eintritt neuer Verwickelungen zu besorgen wäre. Die Regelung des Verfahrens bei der Eintragung ist Aufgabe der Grundbuchordnung.

f) Erlangt Jemand die Eintragung als Eigenthümer, bevor das Ausschluß- urtheil erlassen ist, so kann gegen ihn das Urtheil nicht wirken (Abs. 6). Denn die nach § 826 für ihn begründete Vermuthung, daß er das Eigenthum erworben habe, gilt so lange, bis sie durch den Beweis des Gegentheiles widerlegt ist. Dieser Beweis aber kann nicht als durch das Ausschlußurtheil erbracht angesehen, sondern nur im gewöhnlichen Prozeßverfahren geführt werden. f) Wirkung des Ausschluß- urtheiles.

Die bloße Erhebung der Eigenthumsklage dagegen entzieht dem von dem Beklagten erwirkten Ausschlußurtheile die Wirkung gegen den Kläger nicht. Erstreitet freilich dieser ein ihm das Eigenthum zuerkennendes Urtheil, so wird er, wenn inzwischen der Beklagte auf Grund des Ausschlußurtheiles als Eigenthümer eingetragen ist, denselben aus dem Grundbuche verdrängen können. Allein so lange die Entscheidung des Eigenthumsstreites noch aussteht, ist kein Grund vorhanden, dem Ausschlußurtheile die Wirkung, die dasselbe an sich hat, zu Gunsten des Eigenthumsklägers zu versagen. Will der Kläger sich gegen das Ausschlußurtheil schützen, so muß er dafür sorgen, daß sein Eigenthumsrecht im Grundbuche vorgemerkt werde. Die Vormerkung sichert dem Eigenthumsanspruche die Wirksamkeit gegen Jedermann, mithin auch gegen denjenigen, der auf Grund eines Ausschlußurtheiles die Eintragung als Eigenthümer erlangt, und gegen dessen Rechtsnachfolger[1]). Wird das vorgemerkte Recht festgestellt, so ist mit ihm, weil es das Eigenthum ist, die Eintragung eines Dritten als Eigenthümer unvereinbar. Das Ausschlußurtheil, welches die Grundlage einer solchen Eintragung bilden soll, kann daher gegen die Vormerkung nicht wirken. Dies wird im Abs. 6 besonders hervorgehoben, um dem Gesetze die richtige Auslegung zu sichern.

Die Beweislast in dem Eigenthumsstreite bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 193 und 194 Abs. 1[2]). Auch versteht es sich von selbst, daß, wenn das Aufgebotsverfahren zur Eintragung eines neuen Eigenthümers führt, hiervon der Anspruch des bisherigen Eigenthümers auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen unberührt bleibt. Eines Vorbehaltes bedarf es dieserhalb hier um so weniger, als der Ersatzanspruch in der Regel schon verjährt sein wird, wenn die Eintragung auf Grund des Ausschlußurtheiles erfolgt.

---

[1]) Vergl. § 844.

[2]) Vergl. das Urtheil des Reichsger. III Civilsen. v. 13. April 1883, Entsch. 9 S. 337.

Dritter Titel.

Erwerb des Eigenthumes an beweglichen Sachen.

Vorbemerkungen.

Rechtsgeschäftlicher Erwerb.

1. Die Erwerbung des Eigenthumes beruht entweder auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz. Unter der rechtsgeschäftlichen Erwerbung ist vor Allem die auf der Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers beruhende Erwerbung zu verstehen. Ueber diesen Fall hinaus ist die rechtsgeschäftliche Natur anderer Erwerbungsarten zweifelhaft; bei der Spezifikation erscheint die Verneinung unbedenklich. Aber auch bei der Okkupation ist die einfache Bejahung nicht ohne Bedenken. Als ein Rechtsgeschäft erkennt der Entwurf die vertragsmäßige Uebertragung des Eigenthumes an; im Uebrigen wird die Frage, inwieweit auf die Rechtshandlungen, welche nach dem Gesetze die Voraussetzung des Eigenthumserwerbes bilden, die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar sind, der Entscheidung durch die Wissenschaft und Praxis überlassen.

Erwerb kraft Gesetzes.

2. Der Entwurf bestimmt in diesem Titel diejenigen Arten der Eigenthumserwerbung kraft Gesetzes, deren Bestimmung mit der Natur der beweglichen Sachen überhaupt oder gewisser Kategorieen beweglicher Sachen zusammenhängt. An anderen Stellen des Entwurfes (z. B. §§ 544, 861, 1343) finden sich Spezialvorschriften, welche eine kraft Gesetzes eintretende Aenderung im Eigenthume aus Anlaß gewisser Rechtsverhältnisse bestimmen. Dergleichen Spezialvorschriften bietet auch das sonstige Reichsrecht und das in Wirksamkeit erhaltene Landesrecht; insbesondere in denjenigen Vorschriften, welche die Verwirkung des Eigenthumes zur Strafe bestimmen. In einem jeden Falle der Aenderung im Eigenthume kraft Gesetzes sind lediglich aus dem zur Anwendung gelangenden Gesetze die Voraussetzungen zu entnehmen, welche eingetreten sein müssen, damit die Aenderung im Rechte erfolge.

Ablehnung allgemeiner Vorschriften

3. Die Aufnahme der allgemeinen Bestimmungen über Rechte an Grundstücken in den Entwurf regt die Frage an, ob nicht auch das Mobilienrecht ähnliche generalisirende Vorschriften zu bringen habe.

Es ist indessen nur eine geringe Anzahl von Rechtssätzen, welche sowohl für die Uebertragung des Eigenthumes als für die Begründung, Uebertragung oder Belastung des Nießbrauches und des Pfandrechtes Anwendung zu finden haben, nämlich die Sätze über die abstrakte Natur des dinglichen Vertrages, über das Traditionserforderniß, über die Konvaleszenz bei späterer Hebung eines Rechtsmangels in der Person des Veräußerers und über die Gestaltung der Tradition in dem Falle, wenn die Erklärung des Veräußerers durch richterliches Urtheil ersetzt wird (vergl. § 874, in Verbindung mit §§ 803 bis 805, und die §§ 875, 876). Das Verständniß des Gesetzes wird erleichtert, wenn nicht generalisirende Bestimmungen aufgenommen, sondern bei dem Nießbrauche und dem Pfandrechte die zur Anwendung geeigneten Vorschriften allegirt werden (vergl. § 983 Abs. 2, § 1023, § 1147 Abs. 2, § 1208).

I. Uebertragung durch Rechtsgeschäft.

§ 874.

1. Wenn die Absicht der Betheiligten, des bisherigen Eigenthümers und des Erwerbers, auf die Uebertragung des Eigenthumes geht, so setzt der Eintritt der beabsichtigten rechtlichen Wirkung den Abschluß eines auf die Herbeiführung derselben gerichteten Vertrages voraus. Hiermit stimmen das gemeine Recht und die modernen Gesetzgebungen nach der in der Doktrin herrschenden Auffassung durchweg überein, wenngleich die ausdrückliche Karakterisirung der Eigenthumstradition als eines dinglichen Vertrages in den modernen Gesetzgebungen fehlt. Für den Entwurf ist die Anerkennung und Aussprechung des Vertragsprinzipes an dieser Stelle aus denselben Gründen gerechtfertigt, welche zu der Anerkennung und Aussprechung desselben im Falle der Zession (§ 294) und im Falle der Uebertragung des Eigenthumes sowie der Begründung, Uebertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft (§ 828) geführt haben. Auch in dem Falle der Eigenthumstradition fehlt es nicht an Meinungen, welche, indem sie das Uebergabeerforderniß in den Vordergrund stellen, das Wesen der Eigenthumstradition als eines dinglichen Vertrages verkennen oder verdunkeln. Es liegt deshalb auch hier daran, die Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Theiles über Verträge dadurch außer Zweifel zu stellen, daß das Vertragsprinzip im Gesetze zum deutlichen Ausdrucke gebracht wird. 1. Vertragsprinzip.

2. Das franz. Recht[1]) und die demselben folgenden Kodifikationen weichen von dem gemeinen Rechte und den Gesetzgebungen[2]), welche dem gemeinen Rechte sich anschließen, darin ab, daß der einfache formlose Vertrag zu der Uebertragung genügen soll, während das gemeine Recht das Traditionserforderniß aufstellt. 2. Traditionsprinzip.

Der Entwurf geht (§ 91) von dem Prinzipe der Formfreiheit aus. Es wird deshalb allerdings ein Bedürfniß nachgewiesen werden müssen, um im Falle der Eigenthumsübertragung durch Rechtsgeschäft den bloßen Willenserklärungen die Wirkung zu versagen und den Eintritt der beabsichtigten Wirkung an die Erfüllung eines weiteren Erfordernisses zu knüpfen. Für das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses sprechen folgende Gründe:

Wie im Immobilienrechte das Eintragungsprinzip der Richtigerhaltung des Grundbuches nnd damit der Kundbarmachung des zeitigen Rechtsbestandes dient, so dient im Mobilienrechte das Traditionsprinzip ähnlichen Zwecken, indem es ein Auseinanderfallen von Besitz und Eigenthum thunlichst verhütet und in einer, wenn auch dem Grundbuche gegenüber unvollkommenen, aber doch immer von großem praktischen Werthe bleibenden Weise zur Kundbarmachung des zeitigen Rechtszustandes beiträgt.

---

[1]) Code civ. Art. 711, 1138; vergl. Art. 938, 1583, 1604. Das sonst dem code vielfach folgende holl. G. B. Art. 639 schließt in diesem Punkte dem gemeinen Rechte sich an.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 6, I, 10 § 1; sächs. G. B. § 253; bayr. L. R. II, 3 § 7; österr. G. B. §§ 425, 426; schweiz. Obl. R. § 199; vergl. bayr. Entw. III Art. 93, hess. Entw. II, 3 Art. 53.

Ist der veräußernde Eigenthümer zugleich Besitzer der Sache, so leidet dessen Veräußerungserklärung an einer gewissen Dunkelheit und ist von einem Versprechen der Sache schwer zu unterscheiden, wenn nicht zugleich der Besitz der Sache zu Gunsten des Erwerbers aufgegeben wird, damit dieser mit der Ergreifung des Besitzes Eigenthümer werde. Ein Behalten des Besitzes würde mit der Veräußerungserklärung in einem inneren Widerspruche stehen, da alsdann der Veräußerer zugleich Eigenthum übertragen und das übertragene Eigenthum verletzen würde (vergl. §§ 929, 943).

Durch das Traditionsprinzip wird allerdings dem Nichtbesitzer die Veräußerung unmöglich gemacht und dem Besitzer, welcher durch einen Inhaber die thatsächliche Gewalt ausübt und der Bereitwilligkeit seines Vertreters bedarf, erschwert. Diese Erschwerung ist aber innerlich aus denselben Gründen gerechtfertigt, aus denen im Immobilienrechte nur der eingetragene Berechtigte über ein Recht an Grundstücken verfügen kann (§ 828 Abs. 1). Der veräußernde Eigenthümer mag sich zunächst den Besitz verschaffen bezw. seine Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt zur Unterwerfung unter die Anweisung (§ 804) anhalten. Ist der Veräußerer hierzu nicht im Stande, so würden, wenn das Gesetz dennoch den dinglichen Vertrag wirksam sein lassen wollte, ungewisse Rechtsverhältnisse entstehen.

Das franz. Recht leidet von vornherein an dem Mangel, daß das Geschuldetsein und das Gehören der beweglichen Sache sowie das Versprechen und die dingliche Verfügung nicht auseinandergehalten werden. Hält man diese verschiedenen Dinge gebührend auseinander, so stellt sich heraus, daß es dem code civil mit der Uebertragbarkeit des Eigenthumes durch einfachen Vertrag nicht völlig Ernst ist. Die Wirkung dieses Vertrages wird durch Art. 2279: „en fait de meubles la possession vaut titre" die Spitze abgebrochen; der Erwerber erhält nur ein relatives Eigenthum gegenüber dem Veräußerer. Wollte man dem franz. Rechte folgen, so müßte man dasselbe im Ganzen annehmen. Schlägt man diesen Weg ein, so ergiebt sich eine Verstärkung der Obligation auf Leistung einer bestimmten beweglichen Sache, welche mit dem dem Entwurfe zu Grunde liegenden Begriffe der Obligation nicht harmonirt, und eine Verknüpfung der Eigenthumsbewegung mit der Besitzbewegung, welche mit dem Begriffe des Eigenthumes nicht harmonirt. Daß diese künstliche Gestaltung einem praktischen Bedürfnisse, insbesondere in dem Falle des Konkurses des Leistungspflichtigen entspreche und man sich deshalb über alle Bedenken der Konstruktion hinwegzusetzen habe, stößt selbst in der französischrechtlichen Doktrin auf Zweifel.

3. Besitzübergabe.

3. Der Entwurf versteht unter „Uebergabe der Sache", da als Tradent der Eigenthümer gedacht wird, Besitzübergabe. Auf diese Uebergabe finden die Vorschriften der §§ 803—805 Anwendung. Diese Vorschriften werden durch die übrigen Vorschriften über die Erwerbung und den Verlust des Besitzes ergänzt. Tradirt der bloße Inhaber, ohne sich vorher durch eine Lossagungserklärung gegenüber dem von ihm Vertretenen zum Besitzer gemacht zu haben (vergl. § 813), so erwirbt der Empfänger zwar Besitz, aber nicht durch eine Tradition des bisherigen Besitzers. Das Vorliegen einer Uebergabe, wie § 874 solche erfordert, und der Uebergang des Eigenthumes könnten mithin

geleugnet werden, selbst wenn der tradirende bloße Inhaber in Wirklichkeit Eigenthümer war und die Rolle eines bloßen Inhabers vielleicht in derzeitiger Unkenntniß seines Eigenthumes übernommen hat. Eine beschränkende Wirkung der Vorschriften des § 813 in dieser Richtung war nicht beabsichtigt. Der zweite Absatz des § 874 stellt deshalb die bezeichnete Art der Tradition seitens des Inhabers der Besitzübergabe gleich.

4. Ist derjenige, welchem Eigenthum übertragen werden soll, bereits Besitzer, so könnte für eine Besitzübergabe nur dadurch Raum geschafft werden, daß der Erwerber durch constitutum possessorium sich zunächst zum bloßen Inhaber macht, um durch brevi manu traditio den Besitz zurückzuerhalten. Man wird vielleicht ohne Weiteres anzunehmen haben, daß alles in dieser Weise vorgegangen ist, wenn der besitzende Erwerber den Tradenten dadurch, daß er mit ihm die Uebertragung des Eigenthumes vereinbart, als bisherigen Eigenthümer anerkannt hat. Jedenfalls ist aber nichts weiter erforderlich, als diese Vereinbarung. Dieses einfache Resultat will der Entwurf in dem dritten Absatze des § 874 verdeutlichen. 4. Veräußerung an den Besitzer.

5. Einige Gesetzgebungen haben sich veranlaßt gesehen, die Wirksamkeit einer Uebergabe mittels constitutum possessorium auszuschließen oder abzuschwächen[1]). Für eine solche Beschränkung muß ein besonderer Grund angegeben werden. Als ein solcher Grund wird die Besorgniß angegeben, daß hinter bedingten Traditionen mittels constitutum possessorium Pfandgeschäfte ohne körperliche Uebergabe sich verstecken und durch fingirte Veräußerungen Sachen der Konkursmasse des Veräußernden entzogen werden könnten. In Fällen dieser Art fehlt die Ernstlichkeit der Willenserklärung, und nur der Schwierigkeit des Nachweises dieses Mangels soll entgegengetreten werden. Eine derartige Schwierigkeit liegt auch in anderen Fällen der Simulation vor. Daß in dem vorliegenden Falle ein ganz besonderes Bedürfniß der Abhülfe vorläge, ist nicht genügend bekundet. Eine Ausnahmevorschrift, welche die Tradition mittels constitutum possessorium für unwirksam erklärt, würde für die überwiegende Zahl von Fällen, in welchen eine jede Simulation fern liegt, den Verkehr erschweren; zugleich aber würde auch eine solche Vorschrift durch ein Hingeben und Rückempfangen der Sache umgangen werden können. 5. Constitutum possessorium.

Bei Rechtsgeschäften hat nach § 194 Abs. 2 der Richter nicht von demjenigen, welcher auf das Rechtsgeschäft sich beruft, den Beweis der Ernstlichkeit, sondern von demjenigen, welcher die Simulation behauptet, den Beweis der Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen zu fordern. Die Besitzübergabe ist kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Rechtshandlung. Es bleibt mithin immer noch die Frage, ob der Richter nicht bei

---

[1]) Brem. Ges. v. 19. (25.) August 1848 (Verordn. Samml. S. 68) §§ 2—4; oldenb. Pfandges. v. 3. April 1876 Art. 32; braunschw. Pfandges. v. 8. März 1878 § 19; schweiz. Obl. R. Art. 202. Vergl. dagegen preuß. A. L. R. I, 10 § 1 in Verbind. mit I, 7 §§ 71—73; bayr. L. R. II, 2 § 7 Nr. 6; sächs. G. B. § 254; bayr. Entw. IV Art. 93 in Verbind. mit III Art. 5; hess. Entw. II, 3 Art. 54 in Verbind. mit II, 2 Art. 8 Abs. 2. Das neue brem. Ges. v. 19. Januar 1886 hat dem constitutum possessorium seine gemeinrechtliche Wirksamkeit zurückgegeben.

derſelben in Anſehung des Beweiſes ſtrengere Anforderungen ſtellen und den behaupteten konſenſualen Beſitzwechſel verneinen kann, wenn gewichtige Zweifel an der Ernſtlichkeit der zu dem Zwecke desſelben abgegebenen Erklärungen vorliegen.

6. Eigenthumsvorbehalt für den Verkäufer.

6. Im röm. Rechte galt von Alters her der Satz, daß gekaufte und dem Käufer übergebene Sachen nur dann Eigenthum des Käufers werden, wenn der Kaufpreis gezahlt, ſichergeſtellt oder geſtundet iſt. Dieſer Satz iſt faſt überall in Deutſchland, wo die Geſetzgebung mit der Erwerbung des Eigenthumes ſich beſchäftigt hat, abgeſchafft[1]).

Der römiſche Satz überträgt die Art von Bedingtheit, welche der Verbindlichkeit aus dem gegenſeitigen Schuldverhältniſſe wegen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages anhaftet, durch ein die Willenserklärung ergänzendes Dispoſitivgeſetz auf das Erfüllungsgeſchäft. Bedingte dingliche Verträge ſind durch das Geſetz nicht zu begünſtigen, da ſie zu wenig wünſchenswerthen Schwebezuſtänden führen. Um ſo bedenklicher muß es erſcheinen, wenn das Geſetz ſelbſt dingliche Verträge in weitem Umfange zu bedingten machen würde. Dem praktiſchen Bedürfniſſe wird dadurch genügt, daß der dingliche Vertrag unter einer Bedingung abgeſchloſſen werden kann.

7. Die Uebergabe als Form des Vertrages.

7. Ob der konſenſuale Beſitzwechſel als eine durch das Geſetz vorgeſchriebene beſondere Form des Rechtsgeſchäftes (§ 91) anzuſehen ſei, wird im Entwurfe nicht entſchieden und iſt eine theoretiſche, der Erörterung in der Wiſſenſchaft zu überlaſſende Frage. Die Uebergabe wird als ein nothwendig präſentes Moment des dinglichen Vertrages und nicht etwa als eine Bedingung der Wirkſamkeit desſelben beſtimmt, welche ſich auch nachträglich erfüllen kann. Vor der Uebergabe liegt deshalb ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor. Wenn auch die Uebergabe in vielen Beziehungen der Eintragung in das Grundbuch zu vergleichen iſt, ſo beruht doch das Stadium der Bindung, welches nach § 828 der Eintragung vorausgeht, darauf, daß die Parteien die Eintragung nicht ſelbſt unmittelbar bewirken können, ihre Thätigkeit vielmehr mit der Angehung des Grundbuchamtes ſich abſchließt, während die Bewirkung der Uebergabe Sache der Betheiligten bleibt.

Vertragsantrag des Tradenten

Eine weitere Frage iſt, ob bei der Eigenthumstradition eine bindende Offerte denkbar ſei. Regelmäßig kann der Tradent ſeine Räumungserklärung bis zu der Beſitzergreifung des Erwerbers widerrufen. Es fragt ſich, ob der Tradent unter Ueberlaſſung der Inhabung der Sache ſich dergeſtalt binden

---

[1]) Der Satz fehlt im preuß. A. L. R. und im ſächſ. G. B. Das württemb. Pfandentwickelungsgeſ. v. 6. Mai 1839 § 60, die oldenb. Mobiliarpfandgeſetze v. 3. April 1876 für das Herzogthum Oldenburg Art. 31 und für das Fürſtenthum Lübeck Art. 15 heben den Satz auf. Das bayr. L. R. IV, 3 § 10 ſchwächt den Satz dahin ab, daß bei nicht gezahltem Kaufpreiſe der Käufer ſich zum Beweiſe der Abſicht des Verkäufers, ſchon jetzt das Eigenthum zu übertragen, nicht auf die bloße Uebergabe berufen könne. Eine ähnliche Abſchwächung findet ſich im § 6 des brem. Geſ. v. 19. (25.) Auguſt 1848. Das franz. Recht kann wegen ſeiner grundſätzlichen Verſchiedenheit hier außer Betracht bleiben; vergl. übrigens code civil Art. 1179, 1184. In dem neueſten brem. Geſ. iſt die angeführte Vorſchrift beibehalten.

kann, daß ein Widerruf seinerseits unwirksam ist und der Erwerber ohne Rücksicht auf eine Fortdauer der Traditionsbereitschaft des Veräußerers den Besitz der Sache ergreifen und damit den dinglichen Vertrag nach § 86 Abs. 1, 3 zur Perfektion bringen kann. Eine solche vorgängige Einräumung der Inhabung kann auch mit der Absicht geschehen, daß nicht die ganze Sache, sondern abgetrennte Bestandtheile derselben, und zwar mit der Trennung, in das Eigenthum des Inhabers fallen sollen. Der Entwurf geht davon aus, daß auch bei der Traditionsofferte der Tradent sich durch Einräumung der Inhabung der zu tradirenden Sache dinglich binden und die stillschweigende Annahme dem anderen Theile freigeben könne (vergl. § 86). Die Bestimmungen des Entwurfes in § 618 Abs. 1, § 901 Abs. 2 und § 902 enthalten hiernach keine Ausnahme von den Traditionsgrundsätzen, sondern nur erläuternde Vorschriften über besonders gestaltete Fälle der Anwendung dieser Grundsätze.

8. Ueber die bedingte und betagte Eigenthumstradition schweigt der Entwurf. Es wird mithin die wirksame Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung nicht ausgeschlossen sein, soweit nicht etwa aus der Natur des Erfordernisses der Besitzübergabe oder aus dem Begriffe des Eigenthumes ein Anderes sich ergeben sollte. 8. Bedingte und betagte Uebergabe.

In Ansehung der bedingten Eigenthumstradition finden sich positive beschränkende Bestimmungen in einigen partikularen Gesetzgebungen. Sie bezwecken meistens, solchen Eigenthumsvorbehalten entgegenzutreten, welche im Grunde Pfandrechtszwecken dienen sollen[1]), gehen zuweilen indessen noch weiter und lassen auch abgesehen von dem Hervortreten eines Pfandrechtszweckes den bei Uebergabe der Sache gemachten Eigenthumsvorbehalt unwirksam sein.

Der Entwurf geht davon aus, daß bedingten Eigenthumstraditionen — von Zessionen gilt dasselbe — nicht etwa durch eine positive Bestimmung um deswillen entgegenzutreten sei, weil die Hinzufügung der Bedingung Sicherungszwecken dienen solle, das bedingte Geschäft mithin als Ersatz einer Verpfändung, deren strengere Erfordernisse erspart werden, gebraucht werden kann. Der Wille der Kontrahenten kann dahin gehen, daß derjenige, welchem Sicherheit verschafft werden soll, für den Fall, daß seine Befriedigung ausbleibt, Eigenthümer werden oder bleiben, dabei aber vielleicht in Ansehung der Verwerthung der Sache und der Erstattung eines Ueberschusses in ähnlicher Weise, wie ein Pfandgläubiger, obligatorisch gebunden sein soll. Nur wird in dem einzelnen Falle zu untersuchen bleiben, ob dem Sicherheitsempfänger wirklich bedingtes Eigenthum zugewendet werden sollte, oder ob nur eine

---

[1]) Württemb. Pfandentwickelungsgef. v. 21. Mai 1828 Art. 16; weimar. Pfandgef. v. 6. Mai 1839 § 60; anhalt. Mobiliarpfandgef. § 4; oldenb. Mobiliarpfandgef. v. 3. April 1876 (Herzogth. Art. 31, Birkenfeld Art. 15, Lübeck Art. 15); braunschw. Mobiliarpfandgef. v. 8. März 1878 § 18; brem. Verordn. in Betreff des Uebergangs des Eigenthums an beweglichen Sachen v. 25. August 1848 §§ 1, 3, 6; sächs. G. B. § 292 S. 1. Das neue brem. Ges. v. 19. Januar 1886 läßt in der hier fraglichen Beziehung das frühere Recht im Wesentlichen unverändert.

pfandrechtliche Sicherheit bezweckt wurde und deshalb ein simulirtes Rechtsgeschäft vorliegt. In dem Zwecke der Sicherheitsleistung kann ein genügender Grund nicht gefunden werden, um die bedingte Eigenthumstradition zu verbieten. Bei einer mit dem Verpfändungsvertrage kombinirten bedingten Eigenthumstradition, welche die Lage des Eigenthümers des Pfandes zu erschweren droht, liegt die Sache anders (§ 1167; vergl. § 1077).

Es könnte indessen weiter in Frage gestellt werden, ob der Gesetzgeber nicht wohl thue, überhaupt eine bedingte Eigenthumstradition nicht zuzulassen, um einen Schwebezustand zu verhüten, von welchem eine gewisse Rechtsunsicherheit befürchtet werden könnte. Kommt man dazu, die Hinzufügung einer Suspensivbedingung mit dem Erfordernisse der Besitzübergabe für unvereinbar zu erachten, und wird, abweichend vom Entwurfe, wie im preuß.[1]) und sächs.[2]) Rechte, der Resolutivbedingung nur obligatorische Wirkung zugeschrieben, so würde man eine wirkliche Bedingtheit des dinglichen Vertrages als ausgeschlossen ansehen müssen. Der Entwurf (§§ 129, 135) läßt die Resolutivbedingung dinglich wirken. Eine bedingte Eigenthumstradition bleibt deshalb jedenfalls möglich. Wollte man dieselbe beseitigen, so müßte man bestimmen, daß die Resolutivbedingung, auch im Widerspruche mit dem Parteiwillen, nicht dinglich, sondern nur obligatorisch wirke. Genügende Gründe des praktischen Bedürfnisses für eine solche Bestimmung liegen nicht vor. Der Schwebezustand hat zwar das Auseinanderfallen von Besitz und Eigenthum, deren Zusammenhaltung wünschenswerth ist und auch durch das Erforderniß der Besitzübergabe befördert wird, zur möglichen Folge und ist mit einer gewissen Unsicherheit für Dritte verknüpft, welche mit dem bedingt Berechtigten sich einlassen. Andererseits dient aber die bedingte Eigenthumstradition praktischen Interessen, deren Beachtung von überwiegender Bedeutung ist. Die Zulässigkeit der Hinzufügung einer Bedingung bewirkt, daß die Betheiligten auch dann, wenn sie ein zukünftiges ungewisses Ereigniß auf die Eigenthumsfrage von Einfluß sein lassen wollen, den dinglichen Vertrag nicht hinauszuschieben brauchen und sich gegenseitig die erwünschte sichere Lage verschaffen können. Besonders häufig ist die bedingte Tradition im Falle einer in gleicher Weise bedingten Verbindlichkeit zur Leistung einer Sache, da sie eine Erledigung des Schuldverhältnisses unter beiderseitiger Sicherung vor Eintritt der Bedingung ermöglicht. Zu diesem praktischen Interesse an der bedingten Tradition tritt der fernere Umstand, daß ähnliche Schwebezustände doch nicht zu vermeiden sind und in vielen Fällen durch eine vom Gesetze bestimmte Bedingtheit des Rechtsverhältnisses herbeigeführt werden, z. B. in den Fällen der Anfechtbarkeit und des Vertragsabschlusses durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Eine andere Frage bleibt, inwieweit sich die Hinzufügung einer Bedingung mit dem Erfordernisse der Besitzübertragung verträgt. Ein resolutiv bedingter Vertrag erregt keine Bedenken. Mag man auch davon ausgehen, daß die

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 261—264, 266.
[2]) Sächs. G. B. § 291.

Besitzübergabe kein Rechtsgeschäft ist, sondern eine Rechtshandlung, daß die besondere Natur dieser Rechtshandlung der bedingten Vornahme widerspricht und daß von einem resolutiven Besitze nicht die Rede sein kann, so erfordert doch die Uebertragung resolutiven Eigenthumes nicht die Uebertragung resolutiven Besitzes. Anders liegt die Sache bei der Suspensivbedingung. Eine gegenwärtige Einräumung des Besitzes steht mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Betheiligten in einem gewissen Widerspruche. Dem Willen der letzteren entspricht es, daß der Besitzwechsel und damit die Perfektion des Vertrages bis zu der Entscheidung der Bedingung hinausgeschoben wird. Möglich bleibt dabei nach den Ausführungen unter Nr. 7., daß unter Einräumung der Inhabung der Sache ein bindender Vertragsantrag gestellt wird, welcher nach Eintritt der Bedingung stillschweigend angenommen werden kann. Ein fühlbarer Mangel wird sich, wenn man die suspensiv bedingte Eigenthumstradition durch die Natur des Besitzes ebenso für ausgeschlossen erachtet, wie die suspensiv bedingte Auflassung durch die positive Bestimmung des Grundbuchrechtes (§ 870), nicht ergeben, da die praktischen Zwecke der gegenseitigen Sicherung in genügendem Maße durch Resolutivbedingung und bindenden Vertragsantrag sich erreichen lassen.

Von der Eigenthumstradition unter Beifügung eines Anfangstermines wird (vergl. § 870) dasselbe gelten, was von der suspensiv bedingten Tradition gilt. Ist ein Endtermin beigefügt und geht man mit dem Entwurfe davon aus, daß der Endtermin nicht blos ein Forderungsrecht entstehen läßt, sondern dinglich wirkt (§ 142), so könnte hier nur das Bedenken aufgeworfen werden, ob das zeitlich nach Anfang und Ende begrenzte Eigenthum mit dem Begriffe des Eigenthumes vereinbar und nicht vielleicht der Kategorie der begrenzten Rechte an Sachen zu unterstellen sei, weil die Konsolidationslage und damit das wahre Eigenthum sich auf Seiten des Rückfallsberechtigten befinde und man nicht zulassen dürfe, daß dieses wahre Eigenthum über die Grenzen des Nießbrauches hinaus mit einem zeitlich unbeschränkten Nutzungsrechte belastet werde. Dieser Grund würde indessen zu viel beweisen und kann deshalb für beweisbringend nicht erachtet werden, denn er würde gegen das resolutiv bedingte und betagte Eigenthum überhaupt, sowohl bei beweglichen Sachen als auch bei Grundstücken sich richten. In Uebereinstimmung mit den Vorschriften des § 871 geht der Entwurf auch hier davon aus, daß das Rückfallsrecht eine Beschränkung des interimistischen Eigenthumes sei und nicht etwa das umgekehrte Verhältniß stattfinde und der Rückfallsberechtigte als in seinem Rechte beschränkter Eigenthümer zu gelten habe.

9. Abstrakte Natur des Vertrages.

9. Die in § 874 Abs. 1 S. 2 als anwendbar allegirten Vorschriften des § 829 stellen die abstrakte Natur der Eigenthumstradition aus denselben Gründen klar, aus denen diese Natur für die Zession und die vertragsmäßige Uebertragung des Eigenthumes und Begründung, Uebertragung und Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke in §§ 290 Abs. 2, 829 klargestellt ist. Einen abstrakten Aufhebungsvertrag für das Eigenthum giebt es nicht, wenn auch Tradition und Dereliktion in der Doktrin, insbesondere im Falle des Miteigenthumes, nicht immer in gehöriger Weise getrennt gehalten werden.

§ 875.

Zwangsvollstreckung.

Die Vorschrift des § 875 entscheidet in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen des Reichsgerichtes[1]) die Streitfrage, ob der Gerichtsvollzieher, welcher die Sache wegnimmt, als Vertreter seines Auftraggebers anzusehen ist. Die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher bildet einen Ersatz der Uebergabe; hiernach bestimmt sich die Zeit des Eigenthumsüberganges. Die auf das Vertretungsverhaltniß zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher sich beziehende Spezialfrage ist im Geiste der C. P. O. und abweichend von der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung[2]) beantwortet. Der ausgesprochene Satz gilt für alle Traditionsfälle, also auch für die Fälle der vertragsmäßigen Begründung des Nießbrauches und des Pfandrechtes (§§ 983, 1147).

§ 876.

Konvaleszenz.

Die Vorschriften des § 876 entsprechen den für den gleichen Fall bei der Zession und bei der Bewilligung einer Eintragung in das Grundbuch in den §§ 309, 310, 830 getroffenen Bestimmungen, nur daß in dem letzteren Falle eine dem § 876 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Vorschrift wegbleiben mußte, weil wegen des Erfordernisses der Eintragung eine doppelte Veräußerung nicht vorkommen kann. Die Prinzipien, auf denen die Vorschriften des § 876 beruhen, sind bereits zu §§ 309, 310, 830 dargelegt. Hier ist deshalb nur Folgendes zu bemerken:

In Frage kann nur kommen, ob das Erforderniß der Besitzübergabe zu Besonderheiten gegenüber dem Falle der Konvaleszenz eines formlosen Veräußerungsvertrages führen müsse. Diese Frage ist zu verneinen. Die Einwilligung und die Genehmigung des Berechtigten sind nicht Vertragserklärungen und nicht in ihrer Wirksamkeit an die Erfordernisse der betreffenden Vertragserklärungen gebunden, sondern die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung und Genehmigung bestimmen sich lediglich nach § 127. Im vorliegenden Falle sind deshalb Einwilligung und Genehmigung nicht Traditionsakte, und gegen die Rückwirkung der Genehmigung kann ein Bedenken aus der thatsächlichen Natur des Besitzes nicht entnommen werden.

Mit dem geltenden Rechte stimmen die Vorschriften über die Konvaleszenz auch in dem Falle der Eigenthumstradition im Wesentlichen überein. Die Frage der Wirkung von Einwilligung und Genehmigung des Berechtigten pflegt in allgemeinerer Stellung derselben behandelt zu werden[3]). Für den Fall des späteren Eigenthumserwerbes seitens des Veräußerers und den Fall der Beerbung desselben durch dem Eigenthümer half im röm. Rechte die exceptio rei venditae et traditae, welche gegenüber den Singularsukzessoren ebenso wirkte wie gegenüber den Universalsukzessoren und deshalb eine absolut geschützte

---

[1]) R. G Entsch. Bd. 9 S. 363.

[2]) Windscheid § 173 Note 5.

[3]) Windscheid § 81 Note 7, § 83 Note 5, § 172 Note 3; Dernburg II § 72; Siebenhaar, Komm. zu § 254 des sächs. G. B.; vergl. bayr. Entw. III § 92

Rechtsstellung gab. In der Doktrin des preuß. Rechtes[1]) und im sächs. G. B.[2]) wird einfach Konvaleszenz angenommen.

Erwerb in gutem Glauben.

§§ 877—880.

Vorbemerkungen.

In Ansehung der Frage, ob zu der Erwerbung des Eigenthumes an einer beweglichen Sache mittels Rechtsgeschäftes Eigenthum des Veräußerers erforderlich sei, stehen zwei Prinzipien einander gegenüber. Nach dem einen Prinzipe ist das Eigenthum des Veräußerers zum Eintritte der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen des Uebertragungsvertrages erforderlich; nach dem anderen Prinzipe findet dieses Erforderniß nicht statt, und folgt das Eigenthum dem Besitze. Beide Prinzipien erleiden im geltenden Rechte Modifikationen und Ausnahmen, welche die sich ergebenden praktischen Resultate einander näher bringen. Prinzipien des Eigenthumserwerbes:

1. Im gemeinen Rechte gilt auch für die hier in Rede stehende Veräußerung der Satz nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Hierbei treten folgende Modifikationen und Ausnahmen besonders hervor: 1. Erwerb abhängig vom Eigenthume des Veräußerers.

a) Die Usukapion steht in einem inneren Zusammenhange mit dem römischrechtlichen Prinzipe. Ohne sie würde dieses Prinzip praktisch überhaupt nicht durchführbar sein. Indem der Erwerber in die Usukapionslage kommt, kann man von ihm sagen, daß er gewissermaßen ein bedingtes Eigenthum gewinnt. Wie die Vorschrift über die bona fides bei der Usukapion aufzufassen sei, ist nicht ohne Zweifel. Von der einen Seite wird behauptet, daß die bona fides als Erforderniß des Beginnes der Ersitzung bestimmt und von demjenigen, welcher sich auf die Usukapion beruft, zu substantiiren und zu beweisen sei[3]). Auf der anderen Seite erblickt man in der Vorschrift die Bestimmung einer Ausnahme von der Rechtsnorm für den Fall der mala fides des Erwerbers[4]). Abgesehen von dieser Ausnahme ist eine weitere Ausnahme für den Fall der res furtiva bestimmt. a) Gemeines Recht.

In Ansehung der von dem Fiskus, dem Regenten und seiner Gemahlin veräußerten Sachen geht das röm. Recht so weit, den Erwerber unbedingt Eigenthümer werden zu lassen (§ ult. J. de usuc. et l. t. praescr. 2, 6). Die gemeinrechtliche Praxis beschränkt diese Vorschrift auf Veräußerungen des Fiskus[5]). Der in dieser Beschränkung in das preuß. A. L. R. I, 15 § 42 übergegangene Satz ist von der modernen Gesetzgebung meistens aufgegeben[6]).

---

[1]) Dernburg § 238 Ziff. 3.

[2]) Vergl. auch bayr. Entw. III § 92.

[3]) Windscheid I § 177 Note 7a.

[4]) Seuffert's Arch. Bd. 31 Nr. 187.

[5]) Vergl. Seuffert's Arch. Bd. 5 Nr. 108, 109, Bd. 9 Nr. 263, Bd. 14 Nr. 107.

[6]) Er fehlt in dem sächs. G. B., dem bayr. und hess. Entw., und ist im weimar. Ges. v. 28. Mai 1847 und im württemb. Ges. v. 28. Mai 1847 aufgehoben.

b) Neuere Gesetzgebungen.

b) Das preuß. Recht, das bayr. Recht und das sächs. Recht stehen im Allgemeinen auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte[1]). Doch wird in dem preuß. und sächs. Rechte sowie in dem zür. G. B. das gemeinrechtliche Prinzip dadurch modifizirt, daß dem redlichen Erwerber Lösungsansprüche in weiterem oder geringerem Umfange gegeben werden[2]).

c) Für einige Fälle gehen einzelne neuere Gesetzgebungen soweit, den redlichen Erwerber trotz des Rechtsmangels des Veräußerers Eigenthümer werden zu lassen. So in Ansehung der in öffentlicher Versteigerung erworbenen Sachen[3]) und in Ansehung des Geldes[4]).

2. Erwerb unabhängig vom Eigenthume des Veräußerers.

2. Das entgegengesetzte Prinzip geht dahin, daß, wenn nur alle übrigen Erfordernisse des Eigenthumsübertragungsvertrages, also insbesondere das Traditionserforderniß erfüllt werden, der Rechtsmangel in der Person des Veräußerers der Regel nach außer Betracht bleibt. Für den Fall des unredlichen Erwerbes wird wohl allgemein — nur das franz. Recht könnte Zweifel bieten — eine Ausnahme gemacht. Eine weitere Ausnahme wird ziemlich allgemein für den Fall gemacht, daß die veräußerte Sache dem Eigenthümer derselben ohne dessen Willen entzogen ist, also ein Fall der deutschrechtlichen Regel: „Hand wahre Hand" nicht vorliegt. Die hiernach sich ergebende Rechtsgestaltung ist von der römischen Rechtsgestaltung im Resultate nicht zu sehr verschieden. Wenn man in der letzteren das Erforderniß der Vollendung der Usukapion streicht[5]) und die Ausschließung der Usukapion bei der res furtiva berücksichtigt, so kommt man im Großen und Ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt. In Ansehung der Konstruktion und in Ansehung der Einzelheiten finden viele Verschiedenheiten statt. Die deutschen Statutarrechte[6]), welche nur noch in geringen Gebietstheilen Geltung haben, betreffen zunächst die Vindizirbarkeit der beweglichen Sachen und bringen das Prinzip „Hand wahre Hand" mehr oder weniger zur Geltung. Ein näheres Eingehen ist wegen der vielen Partikularitäten nicht lohnend[7]). Im Uebrigen ist in Ansehung des geltenden Rechtes Folgendes zu bemerken:

a) Franz. Recht;

a) Das franz. Recht läßt den Eigenthumserwerb im Allgemeinen und nicht blos im Falle der Tradition mit dem Besitzerwerbe zusammenfallen vermöge

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 10 § 3, I, 15 §§ 1, 42 ff.; bayr. L. R. II, 3 § 7 Nr. 1 (bayr. Entw. III Art. 93); sächs. G. B. §§ 254, 295; vergl. v. Kamptz, Jahrb. Bd. 41 S. 84, Roth, bayr. Civilr. § 136 bei I, 2; Lang, württemb. Sachenrecht § 47 II; Heimbach, thüring. Priv. R. § 188; Bender, frankf. Priv. R. § 66; Bertram, nassau. Priv. R. S. 55.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 15 §§ 24—26; sächs. G. B. § 315; zür. G. B. § 654; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 171, hess. Entw. II, 3 Art. 8.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 15 § 42.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 15 § 45; sächs. G. B. § 296; bayr. Entw. III Art. 96.

[5]) „prescription instantanée" Demolombe, C. d. C. Nap. IX No. 622, Marcadé, de la prescription S. 245 ff., 314.

[6]) Rev. lüb. R. III Tit. 2 Art. 2 und Tit. 8 Art. 17; hamb. Stadtr. II Tit. 2 Art. 7 und Tit. 8 Art. 8; Rostocker Stadtr. III Tit. 2 Art. 1—4; kulm. R. III Tit. 5 Kap. I und IV, Tit. 2 Kap. III.

[7]) Vergl. Stobbe § 147.

des Satzes: „en fait de meubles, la possession vaut titre". Doch macht die herrschende Doktrin für den Fall des unredlichen Erwerbes eine Ausnahme[1]). In Art. 2279 Abs. 2 des code wird eine weitere Ausnahme für gestohlene und verlorene Sachen gemacht, dabei jedoch in Art. 2280 demjenigen, welcher solche Sachen auf einer Messe, auf einem Markte, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem Kaufmanne, der mit solchen Sachen handelt, gekauft hat, ein Lösungsanspruch auf den Preis (le prix, qu'elle lui a couté) gegeben.

Das bad. L. R., das niederl. G. B. Art. 2014, 637 und das ital. G. B. folgen dem code; jedoch läßt letzteres den französischen Satz nur vom redlichen Erwerber gelten (Art. 707).

b) Das österr. G. B. bestimmt § 367: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweist, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne oder gegen Entgelt von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu". b) österr. Recht;

c) In Ansehung der Vorschriften des § 306 des H. G. B. für den Fall der Tradition eines in seinem Handelsgewerbe thätigen Kaufmannes kann der Zweifel aufgeworfen werden, ob das H. G. B. das rechtsgeschäftliche Erforderniß des konkreten Verfügungsrechtes des Veräußerers der Regel nach streicht und Ausnahmen von der Regel, insbesondere für den Fall des unredlichen Erwerbes, bestimmt, oder ob der redliche Erwerb zur Voraussetzung der den Erwerber begünstigenden Rechtsnormen gemacht ist. In ersterer Weise verfahren Art. 74 der W. O. und Art. 305 des H. G. B., und in demselben Sinne scheint das H. G. B. Art. 306 in der Praxis ausgelegt zu werden[2]). Unter Uebergabe wird allgemein körperliche Uebergabe mit Ausschluß des constitutum possessorium verstanden. Unter gestohlenen und verlorenen Sachen versteht man solche, welche dem Besitzer ohne seinen Willen abhanden gekommen sind[3]). In Art. 307 werden in Ansehung der Papiere auf Inhaber die Beschränkung der Rechtsnorm auf den Handelsverkehr und die für gestohlene oder verlorene Sachen gemachte Ausnahme beseitigt. c) H. G. B.;

d) Das schweiz. Obl. R. schließt sich in seinen mobiliarsachenrechtlichen Vorschriften Art. 205, 206, 208 im Wesentlichen an das deutsche H. G. B. an; nur ist in Ansehung der gestohlenen und verlorenen Sachen der französisch-rechtliche Lösungsanspruch beibehalten. d) schweiz. Recht.

---

[1]) Goldschmidt Ztschr. VIII S. 284 Nr. 7; Renaud in der kritischen Ztschr. für Rechtswissenschaft des Auslandes XVII S. 140 ff.

[2]) Entsch. des R. G. Bd. 6 S. 22, 86; Entsch. des R. O. H. G. Bd. 15 S. 243.

[3]) Entsch. des R. G. in Puchelt's Ztschr. Bd. 12 S. 466 und Präj. des II. Civ. Sen., Beschl. v. 20. April 1880.

Die Vorschriften des Entwurfes.

1. Schutz des Erwerbes.

I. Der Entwurf hat im Wesentlichen an das letztgedachte Prinzip sich angeschlossen. Folgende Erwägungen waren hierbei maßgebend:

Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der größten Bedeutung, dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. Dem gleichen Bedürfnisse wird in dem Immobilienrechte durch den gesetzlichen Schutz des Vertrauens auf die publica fides des Grundbuches entsprochen. Bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuches die Inhabung und der Besitz des Veräußerers, welche denselben befähigen, den Erfordernissen des dinglichen Vertrages in der Uebergabe zu genügen, die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens. Gegen die Veräußerung der Sache durch einen Nichtberechtigten kann der Eigenthümer, abgesehen von den Fällen der Entziehung der Sache, sich genügend dadurch schützen, daß er die Inhabung nicht aus der Hand giebt und dadurch dritten Personen gegenüber den Schein ausschließt, daß die Sache einem Anderen gehöre. Der Erwerber ist dagegen nicht in der Lage, über das Recht seines Veräußerers sich die erforderliche Gewißheit zu verschaffen. An dem Irrthume des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußerers trägt deshalb in der Regel der Eigenthümer in höherem Grade Schuld als der Erwerber; deshalb ist es der Billigkeit mehr entsprechend, den Nachtheil von dem Ersteren tragen zu lassen. Dabei steht der in dem einen oder anderen Falle einen einzelnen Eigenthümer treffende Verlust in keinem Verhältnisse zu dem allen Eigenthümern aus der Befähigung zu einem den Erwerber sicherstellenden Veräußerungsakte erwachsenden Vortheile. Eine Beschränkung des Erwerbers auf den Lösungsanspruch gewährt in der Regel keinen ausreichenden Schutz und ist deshalb nur als Ausnahme zuzulassen. Auf die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des H. G. B. ist der größte Werth zu legen. An eine Aenderung der Vorschriften im Sinne des preuß. Rechtes ist nicht zu denken. Ein Auseinandergehen des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes würde zu der Unzuträglichkeit führen, daß die Entscheidung der Frage des Eigenthumserwerbes in vielen Fällen von der schwierigen Feststellung abhängen würde, ob die bewegliche Sache von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden ist[1]).

Der Entwurf läßt nur den Mangel des Eigenthumes des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden. Ein Irrthum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse, wie Vertretungsmacht, Geschäftsfähigkeit und dergl., verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrthumes von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigenthümer der Sache, abwälzen wollte; vergl. übrigens § 1182.

Wenn man genau der Analogie des Immobilienrechtes folgen wollte, so müßte man den Rechtsmangel in der Person des Veräußerers schlechthin

---

[1]) Auf dem 15. deutschen Juristentage hat sich die Mehrheit für die Ausdehnung des Prinzipes des Handelsrechtes auf das bürgerliche Recht überhaupt ausgesprochen; vergl. Verhandl. des 15. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 82 ff., S. 329 ff.

außer Betracht bleiben lassen und hiervon nur für den Fall der mala fides des Erwerbers eine Ausnahme machen. Es wird im Weiteren gezeigt werden, daß eine solche den Vorzug der Einfachheit tragende Regelung wegen der Verschiedenheit des Grundbuches und des Besitzstandes als Grundlagen des guten Glaubens nicht angängig ist.

Bei einer dem Handelsrechte entsprechenden Regelung werden Verdeutlichungen in der Fassung, welche an die bisherige Fassung sich anschließende Zweifel beseitigen, wünschenswerth sein. Eine weitergehende Begünstigung des gutgläubigen Erwerbes führt nicht zu Abweichungen, da derartige Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes nach Art. 308 des H. G. B. von selbst für das Gebiet des Handelsrechtes Geltung gewinnen.

II. 1. Es muß allen sonstigen in §§ 874—876 bestimmten Erfordernissen genügt sein. Da in § 874 Abs. 2 vorgeschrieben ist, daß die Tradition des bloßen Inhabers genügt, wenn derselbe in Wirklichkeit Eigenthümer ist, so muß selbstverständlich eine solche Tradition auch genügen, wenn das Nichteigenthum des Tradenten außer Betracht bleibt. Gerade in den Fällen der Tradition des bloßen Inhabers gewinnt die Vorschrift des § 874 Abs. 2 ihre eigentliche praktische Bedeutung, da in der Regel der veräußernde Inhaber Nichteigenthümer sein wird und ein Eigenthum desselben nur in seltenen Fällen in Folge besonderer Zufälligkeiten vorkommen wird. II. Voraussetzungen des Schutzes: 1. Vertrag und Tradition.

Bei dem gutgläubigen Erwerbe werden in § 879 die aus § 874 sich ergebenden Erfordernisse in zwei Richtungen etwas verschärft, indem stets Uebergabe und zwar körperliche Uebergabe erfordert wird.

a) Das H. G. B. § 306 ist, obgleich eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, immer dahin verstanden worden, daß körperliche Uebergabe, mit Ausschluß einer solchen Uebergabe, welche die Detention dem Tradenten beläßt (constitutum possessorium), gefordert wird. Der Entwurf schließt sich dieser handelsrechtlichen Auffassung an. Der durch den bona fide Erwerb bedrohte Eigenthümer muß dagegen geschützt werden, daß der ihn treffende Rechtsverlust hinter einen so wenig ersichtlichen Akt wie das constitutum possessorium sich verstecke. In ähnlicher Weise wird, um den Besitz zu erhalten, nach den Vorschriften des § 813 der Besitz nicht beendet durch ein constitutum possessorium desjenigen, welcher für den Besitzer die Sache inne hat. Durch die Rücksicht auf das bisherige Eigenthum kommt man dahin, dieses Eigenthum so lange fortdauern und die Vindikation so lange durchdringen zu lassen, als die Sache in den Händen einer Person verbleibt, welche der Vindikation unterliegt und gegen welche die Eigenthumsklage vielleicht schon rechtshängig geworden ist (vergl. § 238 C. P. O.), mag auch der Besitzer bezw. Inhaber den Versuch einer Veräußerung mittels constitutum possessorium gemacht haben. Eine Unbilligkeit gegen den gutgläubigen Erwerber liegt nicht vor, da in dem Belassen der Sache in den Händen des Veräußerers eine Vertrauenserweisung liegt, deren Gefahr ohne Unbilligkeit den Vertrauenden trifft. Uebrigens wird selbstverständlich der dem dinglichen Vertrage anklebende Mangel im Falle späterer Herausgabe als gehoben zu gelten haben, auch wenn der dingliche Vertrag nicht wiederholt, sondern die Herausgabe als Restitution angesehen ist. Constitutum possessorium.

Uebertragung auf den Besitzer.

b) An einer Uebergabe überhaupt, nicht nur an einer körperlichen Uebergabe fehlt es, wenn ein Nichteigenthümer besitzt und mit einer Person, welche er für den Eigenthümer hält, die Ueberlassung des Eigenthumes vereinbart. In einem solchen Falle liegt kein Besitzstand vor, welcher als Grundlage eines zu schützenden guten Glaubens des Erwerbers an das Eigenthum des Veräußerers dienen könnte. Der § 879 Satz 1 läßt deshalb bei einem nach § 874 Abs. 3 im Falle des Eigenthumes des Veräußerers auch ohne Uebergabe wirksamen Vertrage zwischen Eigenthümer und Besitzer den Mangel des Eigenthumes auf Seiten des Veräußerers nicht durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt werden. Wird zunächst vom Besitzer dem Eigenthümer die Sache restituirt und später von dem Letzteren an den Ersteren Eigenthum übertragen, so ändert sich die Beurtheilung; doch bleibt in dem einzelnen Falle zu prüfen, ob die dazwischenliegende Restitution einen solchen Besitzstand des Veräußerers geschaffen hat, welcher eine Grundlage für den guten Glauben des Erwerbers zu bilden geeignet ist.

Guter Glaube.

2. Der § 877 verlangt das Vorhandensein der bona fides zur Zeit der Erwerbung als Voraussetzung für den Eintritt der den Erwerber begünstigenden Rechtsnorm und versteht unter bona fides die negative Thatsache der nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß des Erwerbers in Ansehung des Nichteigenthumes des Veräußerers. Die Vorschrift des § 306 des H. G. B. läßt sich in gleichem Sinne verstehen und ist in Ansehung der Gleichstellung von culpa lata und dolus immer so verstanden worden[1]).

Indem die Abwesenheit grober Fahrlässigkeit gefordert wird, wird dem Erwerber eine gewisse Nachforschungspflicht auferlegt. Hierin liegt eine Abweichung vom Immobilienrechte, welche sich dadurch rechtfertigt, daß das Grundbuch den Zweck hat, die gesammten Rechtsverhältnisse zur Kunde zu bringen, während bei beweglichen Sachen der Besitzstand einen weit unsichereren Schluß auf den Rechtsbestand zuläßt. Eine strenge Diligenzpflicht darf man zwar, um den Zweck der Vorschrift nicht zu beeinträchtigen, dem Erwerber nicht auferlegen, wohl aber kann man verlangen, daß derselbe, wenn Anlaß zu weiteren Nachforschungen vorliegt, einen solchen Anlaß nicht grob fahrlässiger Weise unberücksichtigt läßt.

Eine weitere Erschwerung gegenüber dem Immobilienrechte liegt darin, daß der § 877 das Vorliegen der bona fides zur Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm macht und nicht für den Fall der entsprechenden mala fides eine Ausnahme von der Rechtsnorm bestimmt; der Erwerber hat hiernach bei Geltendmachung seines Eigenthumes die negative Thatsache der Abwesenheit eines bösen Glaubens zu behaupten, näher zu begründen und zu beweisen. Grundlage des guten Glaubens ist der in der Uebergabe nothwendiger Weise hervortretende Besitzstand, welcher dem Erwerber die Annahme nahe legt, daß der tradirende bisherige Inhaber oder Besitzer auch Eigenthümer der Sache sei. Um deswillen wird aber durch die Uebergabe allein noch nicht dargethan, daß der Erwerber wirklich an die Richtigkeit jener Annahme geglaubt hat und ohne grobe Fahrlässigkeit hat glauben dürfen. Gerade dieser subjektive gute

Beweispflicht des Erwerbers.

[1]) Entsch. d. R. G. Bd. 6 S. 22, 87.

Glaube soll nach dem Entwurfe Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm sein, und die objektive Wahrscheinlichkeit, daß der Besitzstand dem Rechte entsprochen habe, soll nicht genügen, weil nur unter jener Voraussetzung die anomale Begünstigung des Erwerbers gerechtfertigt erscheint. Die subjektiven Anschauungen und Motive des Erwerbers treten in dem abstrakten dinglichen Vertrage nicht äußerlich erkennbar hervor. Erst aus der Darlegung der begleitenden Umstände und insbesondere der obligatorischen causa der Tradition lassen dieselben sich entnehmen. Diese Umstände hat der Erwerber zu beweisen. Von selbst versteht sich, daß, wenn bei dem Beweise des thatsächlichen Vorganges der Uebergabe und der begleitenden Umstände sich nichts ergiebt, was auf eine mala fides hindeutet, die bona fides als erwiesen anzusehen ist. Ebenso selbstverständlich ist es, daß mit der bona fides in Ansehung der Eigenthumsfrage auch die bona fides in Ansehung des Nichtbestehens sonstiger an der Sache begründeter Rechte als erwiesen anzusehen ist, wenn es an Indizien für eine partielle mala fides fehlt.

Die Vorschrift des zweiten Satzes des § 877 entspricht der Vorschrift des § 837 Abs. 2 Satz 2 und ist an früherer Stelle begründet.

III. Der Inhalt der Rechtsnorm des § 877 geht dahin, daß ein solcher Rechtsmangel in der Person des Veräußerers, in Ansehung dessen der Erwerber in gutem Glauben war, für den Eintritt der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen des Uebertragungsvertrages außer Betracht bleibt. III. Inhalt des Schutzes.

In § 878 wird nicht, wie in Art. 306 des H. G. B., neben der Erwerbung des Eigenthumes das Erlöschen des früher begründeten Eigenthumes erwähnt, weil ein Doppeleigenthum an und für sich undenkbar ist. Nur des Erlöschens aller sonstigen an der Sache begründeten Rechte — Nießbrauch und Pfandrecht — wird gedacht. Daß ein den Eigenthümer zum Schutze des Interesses bestimmter Personen bindendes richterliches oder gesetzliches Veräußerungsverbot dem gutgläubigen Erwerbe nicht entgegensteht, ergiebt sich bereits aus § 107 Abs. 1 und braucht deshalb hier nicht gesagt zu werden. Erwerb des Eigenthumes.

Daß der gutgläubige Erwerber gegen die Folgen eines partiellen Mangels in dem Rechte seines Veräußerers unter denselben Voraussetzungen und in derselben Weise geschützt wird, wie gegen die Folgen des totalen Rechtsmangels, entspricht den ähnlichen Vorschriften des Immobilienrechtes und der Erwägung, daß der theilweise Rechtsmangel für den Erwerber in gleicher Art unersichtlich ist, wie der totale Rechtsmangel. Die Vorschrift des § 878 trifft auch den Fall, wenn zwar der Eigenthümer veräußert hat, Eigenthum also schon in Gemäßheit der Vorschriften des § 874 erworben wird, aber wegen des Bestehens von Nießbrauchs- oder Pfandrechten nur unter Fortbestand der Belastung der Sache erworben werden würde. Erlöschen anderer Rechte.

Auch in dem Falle des § 878 kann die vorausgesetzte bona fides in der Gestalt der Unkenntniß in Ansehung der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes erscheinen, wenn man ein Rechtsgeschäft unterstellt, durch welches ein begrenztes Recht an der Sache aufgehoben ist. Aus diesem Grunde ist in § 878 Satz 2 die Vorschrift des § 877 Satz 2 allegirt.

IV. In dem Immobilienrechte ist das Ziel verfolgt und erreicht, daß, was das konkrete Verfügungsrecht des Veräußerers anbelangt, die Prüfung IV. Beschränkung des Schutzes

bei gestohlenen und verlorenen Sachen.

des Grundbuchinhaltes dem Erwerber vollständige Sicherheit verschafft. Auch für das Mobilienrecht würde es wünschenswerth sein, dasselbe Ziel zu erreichen. Das Vertrauen auf den Besitzstand kann indessen dem Vertrauen auf das Grundbuch nicht gleichgesetzt werden. Eine Unrichtigkeit des Grundbuches, welche einen Nichtberechtigten zur Vornahme eines Veräußerungsaktes befähigt, wird sehr selten sein. Dagegen wird es sehr häufig vorkommen, daß ein Inhaber, welcher nicht Eigenthümer ist, sich in der Lage befindet, tradiren zu können. Der Regelfall ist, daß dem Inhaber die Inhabung vom Eigenthümer überlassen ist. Für diesen Regelfall rechtfertigt es sich, dem Prinzipe „Hand muß Hand wahren" zu folgen und den Eigenthümer gegenüber einem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer unrechtmäßigen Verfügung des Inhabers tragen zu lassen. Dagegen überwiegen die Gründe, anders zu entscheiden, wenn dem Eigenthümer oder dessen Vertreter ohne deren Willen die Inhabung der Sache entzogen ist. Im Immobilienrechte vollzieht sich eine unrichtige Buchung stets ohne den Willen des durch dieselbe Benachtheiligten. Dazu kommt, daß man seine Eintragung nicht durch eigene Vorsicht im Grundbuche festzuhalten im Stande ist, während man die Inhabung der Sache sich weit eher sichern kann. Ferner kommt in Betracht, daß die Gefahr des Verlustes der Eintragung im Grundbuche eine sehr geringe, die Gefahr des Verlustes der Inhabung einer beweglichen Sache dagegen eine sehr nahe liegende ist und daß das moderne Recht nicht geneigt ist, dem Eigenthümer die Verfolgung der ihm abhanden gekommenen Sache zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers gänzlich abzuschneiden. Der Entwurf hat sich deshalb dafür entschieden, bei abhanden gekommenen Sachen den gutgläubigen Rechtserwerb auszuschließen, eine Versöhnung der widerstreitenden Interessen aber durch die Vorschrift des § 939 über den Löfungsanspruch, deren Erörterung vorbehalten bleibt, herbeizuführen. Die prinzipielle Voraussetzung für die gemachte Ausnahme liegt in dem Verluste der Inhabung ohne den Willen des Inhabers; dieses Prinzip ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes[1]) als dem Art. 306 Abs. 4 des H. G. B. zu Grunde liegend anerkannt. Jedoch läßt die alleinige Erwähnung der gestohlenen und verlorenen Sachen das Prinzip nicht genügend deutlich hervortreten, da der Begriff des Verlorenseins an einer gewissen Unbestimmtheit leidet. Es ist deshalb vorzuziehen, die wegen ihrer Konkretheit und Gemeingebräuchlichkeit sich empfehlende Ausdrucksweise des H. G. B. mit der prinzipiell richtigen Ausdrucksweise zu verbinden. Ist die Sache ohne den Willen des dinglich berechtigten Inhabers an den Eigenthümer zurückgelangt, so wird nicht bezweifelt werden können, daß die Ausnahmsnorm nur dem Inhaber — Pfandgläubiger oder Nießbraucher — zum Vortheile gereichen kann.

Das Aufgeben der Inhabung durch einen Geschäftsunfähigen ist Verlust ohne Willen; diesem Falle ist jedoch das Aufgeben der Inhabung durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person oder das Aufgeben in Folge rechtswidriger Einwirkung auf den Willen des Aufgebenden durch Drohung oder Betrug nicht gleichzusetzen, da hier der willentliche Verlust der Inhabung wegen der obwaltenden

[1]) Entsch. in Civils. Bd. 1 S. 255, 418.

rechtsgeschäftlichen Mängel nicht als Verlust ohne Willen erscheint und eine Ausdehnung der Ausnahmenorm über das ihr zu Grunde liegende Prinzip hinaus zu weit führen würde.

Schutz des Erwerbers.

V. Die Ausnahmenorm belastet den gutgläubigen Erwerber mit der durch die Zusprechung eines Lösungsanspruches materiell geschwächten Gefahr, daß das Gestohlen- oder Verlorensein der Sache von ihm nicht erkannt wird. Das Interesse des Verkehres duldet eine solche Belastung nicht bei gewissen Sachen und bei gewissen Arten des Erwerbes.

1. Bei gewissen Sachen: a) Geld

1. a) Geld ist nach gemeinem Rechte zwar nur so lange vindizirbar, als es unterscheidbar ist. Die modernen Gesetzgebungen gehen aber weiter und schneiden die Vindizirbarkeit des Geldes gegenüber dem redlichen Erwerber auch dann ab, wenn sie nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sein würde[1]).

Zwischen Metall- und Papiergeld wird im Entwurfe nicht unterschieden. Kursirendes Metallgeld fällt immer unter den Begriff des Geldes; Papiergeld fällt unter den Begriff des Geldes im Falle gesetzlicher Papierwährung, sonst aber unter den Begriff der Inhaberpapiere.

b) Inhaberpapiere.

b) In Ansehung der Inhaberpapiere ist das, was der Entwurf bestimmt, bereits nach Art. 307 des H. G. B. geltendes Reichsrecht, da Veräußerung und Verpfändung von Inhaberpapieren für objektive Handelsgeschäfte erklärt sind[2]).

Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, daß das ursprüngliche Inhaberpapier ein solches geblieben und nicht auf den Namen umgeschrieben (§ 700) oder außer Kurs gesetzt ist, soweit eine Außerkurssetzung künftig zulässig sein wird[3]).

2. Bei Erwerb in öffentlicher Versteigerung.

2. Wenn eine Sache in einer Versteigerung erstanden wird, welche nicht nur öffentlich, sondern auch von einer Person abgehalten wird, welche zu solchen Akten öffentlich autorisirt ist (vergl. § 278 Abs. 1, § 911 Abs. 2, § 1157 Abs. 1, § 1171 Abs. 1), so darf dem Umstande, daß die Sache eine gestohlene oder verlorene war, eine dem Ersteher nachtheilige Wirkung überall nicht eingeräumt bleiben, da sonst das Vertrauen auf die unter öffentlicher Autorität vorgenommenen Veräußerungen beeinträchtigt und der materielle Erfolg der Versteigerungen gefährdet sein würde. So weit zu gehen, daß auch auf die mala fides des Käufers keine Rücksicht zu nehmen ist, damit nicht durch Rechtsbehauptungen dritter Personen das Ergebniß insbesondere eines Exekutionsverkaufes beeinträchtigt werden könne, erscheint nicht gerechtfertigt, da solche Behauptungen nur unter Umständen, insbesondere wenn sie von genügenden Nachweisungen unterstützt werden, die bona fides auszuschließen geeignet sind, dann aber auch der mala fides ihr gewöhnlicher Einfluß zu lassen ist.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 15 § 45; sächs. G. B. § 296; vergl. österr. G. B. § 371, bayr. Entw. III Art. 96. Die in dem preuß. A. L. R. I, 15 § 46 bestimmte Vindizirbarkeit des „unentgeltlich übernommenen" Geldes, welches „noch von anderem Gelde mit Gewißheit unterschieden werden kann", hat keinen praktischen Werth.

[2]) Uebereinstimmend: zür. G. B. § 1106, dresd. Entw. Art. 20. Abweichend: schweiz. Obl. R. Art. 208, franz. Ges. v. 15. Juni 1872 Art. 14.

[3]) Einf. Ges. v. 5. Juni 1869 (B. G. Bl. v. 1869 S. 379—381) § 3 unter B Nr. 6; Entsch. des R. G. Bd. 4 Nr. 41 S. 138.

Da der Entwurf (§ 939) einen Lösungsanspruch dem Erwerber gestohlener und verlorener Sachen allgemein giebt, so kann eine weitere den Erwerb von Geld, Inhaberpapieren oder öffentlich versteigerten Sachen begünstigende Vorschrift nur dahin gehen, daß hier das Gestohlen- und Verlorensein überall nicht in Betracht kommt und der gutgläubige Ersteher schlechthin Eigenthum erwirbt. Der Entwurf stimmt hierin mit dem preuß. und österr. Rechte überein, während andere Gesetzgebungen dem Ersteher nur Lösungsansprüche zugestehen[1]).

Die für den Fall des Pfandverkaufes sich ergebenden Besonderheiten sind in § 1182 bestimmt und werden dort erörtert werden.

Ansprüche des Verletzten.

VI. Die Vorschriften des Mobilienrechtes, welche zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers einen Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten bestimmen, sind in Ansehung der Frage, ob der Rechtsverlust und die demselben entsprechende Vermögensvermehrung auf der anderen Seite als nicht auf einem rechtlichen Grunde beruhend anzusehen sind (§ 748 Abs. 2) und demgemäß eine condictio sine causa stattfinden soll und ob diese Kondiktion den nichtberechtigten Veräußerer oder den gutgläubigen Erwerber treffen solle, in gleicher Weise auszulegen und zu beurtheilen, wie die entsprechenden Vorschriften des Immobilienrechtes. Für eine dem Immobilienrechte und dem Mobilienrechte gemeinsame Bestimmung war nach der äußeren Anordnung des Entwurfes kein Raum. Die hier gegebenen Vorschriften harmoniren mit den Vorschriften des § 839.

II. Ersitzung.

Vorbemerkungen.

A. Ablehnung der ordentlichen Ersitzung.

Die gemeinrechtliche ordentliche Ersitzung unterscheidet sich von der außerordentlichen dadurch, daß bei ihr der Besitz subjektiv redlich und objektiv gerechtfertigt gewesen sein muß. Zu dem Ende muß zum Beweise der Ersitzung die Erwerbung des Besitzes der Sache aufgedeckt werden und so gestaltet sein, daß der Erwerber annehmen konnte, mit dem Besitze das Eigenthum erworben zu haben. Die Vollendung der Ersitzung deckt den unbekannten Mangel, welcher der sofortigen Erwerbung des Eigenthumes entgegenstand. Der zu deckende Mangel liegt vornehmlich darin, daß dem Veräußerer das Eigenthum fehlte. Das gemeine Recht bleibt aber bei dieser beschränkten Wirkung der Ersitzung nicht stehen. Putativtitel und Erbschaftstitel werden zugelassen; damit wird eine feste Abgrenzung der dem Eigenthumserwerbe entgegenstehenden Mängel, deren Einfluß durch die Ersitzung beseitigt wird, aufgegeben. Einige ältere Gesetzgebungen schließen sich dem gemeinen Rechte an, neuere Gesetzgebungen gehen nicht so weit[2]).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 15 § 42; österr. G. B. § 367; sächs. G. B. § 315; code civil Art. 2280; schweiz. Obl. R. Art. 206; zür. G. B. § 655; vergl. bayr. Entw. III Art. 171, hess. Entw. II, 3 Art. 8.

[2]) Putativtitel. Gemeines Recht: Windscheid § 178 Note 6; Vangerow Pand. § 319; Roth § 146 Note 44; der sog. objektiven Usukapionstheorie wenden sich zu Fitting, Archiv f. civ. Pr. Bd. 51, 52, Unger, Kritik des sächs. Entw. S. 107. In Ansehung des preuß. A. L. R. I, 9 § 579 bestehen Zweifel über die Zu-

Das Bedürfniß eines Schutzes des guten Glaubens verdient auch in Ansehung der Ersitzung nur insoweit Anerkennung, als der Irrthum des Erwerbenden auf das Eigenthum des Veräußerers sich bezieht. Dieses Bedürfniß ist durch die Vorschriften des Entwurfes über den Eigenthumserwerb in gutem Glauben zum größten Theile beseitigt. Nur in Ansehung der gestohlenen und verlorenen Sachen bleibt die Frage bestehen, ob eine Verjährung oder Ersitzung zu bestimmen ist. Die Bestimmung einer besonderen Verjährung oder einer Präklusion der Vindikation[1]) hat das gegen sich, daß dadurch die Fälle eines nicht wünschenswerthen dominium sine re vermehrt werden würden; die Bestimmung einer mit Vollendung der Präklusion oder Verjährung eintretenden Eigenthumserwerbung auf der anderen Seite würde zu einer Vermischung verschiedenartiger Rechtsinstitute führen. Die Beibehaltung einer kürzeren ordentlichen Ersitzung für gestohlene und verlorene Sachen wird einerseits durch die Rücksicht auf den bisherigen Eigenthümer mißlich und andererseits durch die Rücksicht auf den Erwerber nicht erfordert, zumal die Interessen des letzteren durch den ihm zugestandenen Lösungsanspruch genügend geschützt sind.

B. Zulassung der außerordentlichen Ersitzung.

Es bleibt die Frage, ob die Zulassung einer **außerordentlichen** Ersitzung Bedürfniß ist, bei welcher ein gewisser Erwerbungsgrund als Basis der bona fides nicht aufgedeckt zu werden braucht. Nach gemeinem Rechte ist die außerordentliche Ersitzung lediglich die Kehrseite der Verjährung des dinglichen Anspruches. Die neueren Gesetzgebungen halten meist Anspruchsverjährung und Ersitzung nicht von einander getrennt; die Zeitdauer für die außerordentliche Ersitzung wird in der Zeitdauer der Anspruchsverjährung gefunden[2]).

Befreiung von der Angabe eines Titels.

Das für den Verkehr wesentliche Moment der außerordentlichen Ersitzung besteht in der Entbindung von der Angabe eines Titels. Daß einer solchen Erleichterung ein Bedürfniß des gegenwärtigen Rechtslebens zu Grunde liegt, wird dadurch bewiesen, daß das franz. Recht, bis an die äußerste Grenze fortschreitend, einen jeden Besitzer des Beweises seines Titels enthebt. Wenn nun aber auch das Prinzip des franz. Rechtes hat abgelehnt werden müssen, so kann die Anspruchsverjährung in ihrer mittelbaren Folge der Schaffung eines klagfrei gestellten Besitzes nicht genügen. Auch das Zeitmaß würde zu lang sein. Ferner ist es erforderlich, die Institute der Verjährung und der Ersitzung von einander getrennt zu halten, da dieselben auf verschiedenen

---

läßigkeit des Putativtitels; dagegen: **Förster-Eccius** III § 177 Note 43a, 45; dafür: **Dernburg** I § 174. Das sächs. G. B. § 268 begrenzt nicht den durch die Ersitzung zu ergänzenden Mangel und läßt deshalb auch einen gewissen Raum für den Putativtitel. Das österr. G. B. § 1461 läßt nur den Mangel des dominium auctoris geheilt werden; ebenso hess. Entw. II, 5 Art. 33; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 134.

Erbschaftstitel. L. 3 D. pro herede (41, 5); preuß. A. L. R. I, 9 § 617; zür. G. B. § 643; bayr. L. R. II, 4 § 6. Gegen die Zulassung des Erbschaftstitels: sächs. G. B. §§ 270, 271; code civil Art. 2237; hess. Entw. II, 5 Art. 48; bayr. Entw. III Art. 136, 137 Abs. 1.

[1]) Code civil Art. 2279; schweiz. Oblig. R. Art. 206.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 625; bayr. L. R. II, 4 § 6; sächs. G. B. § 260; österr. G. B. § 1477. Vergl. bayr. Entw. III Art. 128, hess. Entw. II, 5 Art. 45.

Res extra commercium.

Grundgedanken beruhen. Darüber, daß möglicher Weise ein Gesetz, welches bewegliche Sachen dem Verkehre entzieht und Besitz und Eigenthum an denselben ausschließt — wenn es ein solches Gesetz geben sollte —, auch die Ersitzung ausschließen würde[1]), braucht eine besondere Bestimmung nicht aufgenommen zu werden. Daß ein dem Privatinteresse dienendes Veräußerungsverbot der Ersitzung nicht entgegensteht[2]), würde sich für die ordentliche Ersitzung, sofern durch dieselbe nur der Mangel im Rechte des Auktors gedeckt wird, aus § 107 Abs. 1 Satz 2 ergeben; die außerordentliche Ersitzung wird derselben Beurtheilung unterliegen. Ob ein etwaiges absolutes gesetzliches Veräußerungsverbot auch die außerordentliche Ersitzung ausschließen soll, muß

Res furtivae.

aus der Auslegung der besonderen Vorschrift sich ergeben. Dem gemeinrechtlichen Ersitzungshindernisse der Furtivität hat der Entwurf bei der an die Stelle der ordentlichen Ersitzung tretenden Art der Eigenthumserwerbung Rechnung getragen. Bei der außerordentlichen Ersitzung wird der Furtivität ebensowenig ein Einfluß beizulegen sein, wie bei der Verjährung der Vindikation.

§ 881.

Erfordernisse.

Erforderniß der Ersitzung ist der eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzte Besitz. Der Thatbestand des Besitzes ergiebt sich aus den Vorschriften des zweiten Abschnittes. Der Ersitzungszeitraum ist auf zehn Jahre bestimmt; der Zeitraum der ordentlichen Verjährung würde viel zu lang sein.

Der gute Glaube des Ersitzenden ist nicht zur Voraussetzung der Rechtsnorm gemacht, sondern für den Fall des bösen Glaubens eine Ausnahme bestimmt, weil von einer konkreten Erwerbungsart als positiver Grundlage der Annahme des Ersitzenden, er sei Eigenthümer, abgesehen wird. Der böse Glaube wird in §§ 881, 886 verschieden bestimmt, je nachdem es sich um einen im Augenblicke der Erwerbung vorhandenen oder um einen später eintretenden bösen Glauben handelt, obgleich die Wirkung die nämliche ist. Dem anfänglichen bösen Glauben, d. h. der wirklichen Kenntniß, wird ebenso wie in dem Falle des § 877 die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß über den Rechtsmangel in dem Augenblicke des Besitzerwerbes gleichgesetzt[3]), weil in diesem Zeitpunkte ein geringer Grad von Aufmerksamkeit, welcher sich aufdrängende Verdachtsmomente nicht unbeachtet läßt, zur Anwendung der begünstigenden Rechtsnorm zu verlangen ist, während die mala fides superveniens einer anderen Beurtheilung unterliegt. Eine kleine Abweichung der Vorschrift des § 881 Abs. 2 von der in einiger Hinsicht analogen Vorschrift des § 837 Abs. 2 liegt darin, daß zur Begründung des die Anwendung der Rechtsnorm ausschließenden bösen Glaubens Kenntniß des Rechtsmangels gefordert wird, während nach § 837 Abs. 2 die Kenntniß von Thatsachen, aus welchen der Mangel des Rechtes sich

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. § 580; österr. G. B. § 1455; bayr. Entw. III Art. 129.

[2]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 132.

[3]) Preuß. A. L. R. I § 628, österr. G. B. § 1477, sächs. G. B. §§ 260, 188 verlangen nur die Abwesenheit von Unredlichkeit.

ergiebt, genügt, mithin der Erwerber die Gefahr der richtigen rechtlichen Deutung der ihm bekannten Thatsachen trägt.

Die Kenntniß von der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes wird hier in ähnlicher Weise wirken müssen, wie im Falle der Tradition (vergl. § 877 Satz 2).

Von der Regel des § 748 Abs. 2, nach welcher der im Falle der Ersitzung kraft Gesetzes eintretende Rechtsverlust nicht als des rechtlichen Grundes entbehrend zu gelten hat, wird eine Ausnahme hier nicht bestimmt, weil es nicht gerechtfertigt sein würde, den mit der Ersitzung verbundenen Vortheil mittelbar und materiell wieder zu entziehen. Kondiktion.

§ 882.

1. Der erste Absatz spricht aus, daß die Ersitzungslage, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition ist, welche ebenso wie das Eigenthum im Wege der Singular- und Universalsukzession übertragen wird. Dies ist geltendes Recht[1]). Von der Verjährungslage gegenüber einem dinglichen Anspruche gilt nach § 181 dasselbe. Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers,

Würde in Folge des Eintrittes einer Resolutivbedingung oder eines kraft Gesetzes auflösend wirkenden Umstandes das Eigenthum an den früheren Eigenthümer zurückfallen, so liegt eine Rechtsnachfolge zwar nicht vor, aber die mit einer solchen Resolution verbundene Wiederherstellung des früheren Zustandes (vergl. § 129) giebt die richtige Entscheidung von selbst an die Hand.

2. Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist erforderlich, weil nach dem Entwurfe der Erbe Inhabung und Besitz der zum Nachlasse gehörenden Sachen erst dadurch erlangt, daß er sich die thatsächliche Gewalt über dieselben verschafft. Die Vorschrift bringt die Möglichkeit mit sich, daß die Ersitzung an der unbesessenen Sache sich vollendet. der Zeit vor der Besitzergreifung des Erben.

§ 883.

Wenn auch die freie richterliche Beweiswürdigung zu dem Resultate, daß der Besitz, wenn er für den Anfang und das Ende eines Zeitraumes bewiesen ist, für die Zwischenzeit anzunehmen sei, wird gelangen können, so liegt doch in der praktischen Wichtigkeit dieses Satzes ein Grund, im Anschlusse an andere moderne Gesetzgebungen[2]) diese gesetzliche Vermuthung aufzustellen. Vermuthung der Fortdauer des Besitzes.

§ 884.

Gegen die Berücksichtigung subjektiver Hindernisse der Rechtsverfolgung zu Gunsten des verlierenden Eigenthümers spricht der Umstand, daß durch eine Hemmung der Ersitzung.

---

[1]) Windscheid § 181 bei Note 10; preuß. A. L. R. I, 9 § 613; bayr. L. R. II, 5 § 10; sächs. G. B. § 263; code civil Art. 2235; österr. G. B. § 1493; bayr. Entw. III Art. 140; hess. Entw. II, 5 Art. 47.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 509; code civil Art. 2234; sächs. G. B. § 288; bayr. Entw. III Art. 139; hess. Entw. II, 5 Art. 49.

ſolche Berückſichtigung der ſeines zehnjährigen gutgläubigen Beſitzes ſichere und im Vertrauen hierauf verfügende Beſitzer geſchädigt werden kann. Dieſem Intereſſe des Beſitzers ſteht jedoch das Intereſſe des verlierenden Eigenthümers gegenüber und verdient den Vorzug. Dem geltenden Rechte, welches die außerordentliche Erſitzung als eine Kehrſeite der Verjährung des dinglichen Anſpruches behandelt[1]), entſpricht es, eine ſubjektive Behinderung an der Klagerhebung in gleicher Weiſe zu berückſichtigen, wie ſolche bei der Anſpruchsverjährung Berückſichtigung findet.

§ 885.

Unterbrechung der Erſitzung: a) durch Beſitzverluſt;

1. In dem erſten Abſatze des § 885 iſt zunächſt die Vorausſetzung der Erſitzung näher dahin beſtimmt, daß die Beſitzdauer nicht unterbrochen geweſen ſein darf[2]). Die Behauptung der Unterbrechung iſt ein Leugnen der Vorausſetzung, jedoch wegen der Beweisregel des § 883 von dem Behauptenden zu beweiſen. Ferner wird im erſten Abſatze dem Tode des Beſitzers allein in Uebereinſtimmung mit dem geltenden Rechte die unterbrechende Wirkung abgeſprochen[3]). Die Aufnahme einer ſolchen Beſtimmung war wegen des Prinzipes der Nichtvererblichkeit von Beſitz und Inhabung erforderlich.

Neubeginn.

2. Der zweite Abſatz des § 885 ſpricht die Konſequenz aus, daß, wenn in Folge der Unterbrechung die Vorausſetzung der Erſitzung vereitelt wird, nur die Möglichkeit einer neubeginnenden Erſitzung bleibt.

Wiedererlangung des Beſitzes.

3. Der dritte Abſatz des § 885 macht von der Vorſchrift des erſten Abſatzes eine Ausnahme. Der unterbrechende Einfluß einer jeden vorübergehenden Beſitzentziehung würde den Erſitzenden zu hart treffen. Die Vorſchrift des § 815 Abſ. 2 Satz 2, daß im Falle der Wiederabnahme einer weggenommenen Sache durch den nacheilenden Inhaber der Beſitz als nicht unterbrochen anzuſehen iſt, genügt nicht. Auch die Vorſchrift des preuß. Rechtes[4]) über die Fortdauer der justa possessio gegenüber dem possessor injustus iſt zu eng, da auch für Fälle, in denen eine Wiedererlangung der Sache im Wege der Beſitzklage ausgeſchloſſen iſt und vindizirt werden muß, Abhülfe nöthig bleibt. Der Entwurf folgt deshalb dem code civil Art. 2243, wie derſelbe in der Praxis aufgefaßt wird[5]). Doch ſcheint es bedenklich, die Dauer des Beſitzverluſtes mitzurechnen, weil dieſe Mitrechnung dem Gedanken widerſpricht, daß der wirkliche Beſitz die Grundlage der Erſitzung bildet[6]).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 629 ff.; öſterr. G. B. §§ 1472—1475.

[2]) Windſcheid § 180 bei Note 6; preuß. A. L. R. I, 9 § 601; bayr. L. R. II, 4 § 11; code civil Art. 2243; ſächſ. G. B. § 274; bayr. Entw. III Art. 143, heſſ. Entw. II, 5 Art. 20, 50.

[3]) Windſcheid § 181; preuß. A. L. R. I, 9 § 616; ſächſ. G. B. § 264; bayr. Entw. III Art. 142, heſſ. Entw. II, 5 § 21.

[4]) A. L. R. I, 7 §§ 96 ff.; vergl. I, 9 § 602.

[5]) Code civil Art. 2243, Zachariä I § 213 Note 6; vergl. heſſ. Entw. II, 5 Art. 20.

[6]) Bayr. Entw. III Art. 144.

Die im Wege der Klage erlangte Rückgabe ist, was die Einhaltung der Frist anbelangt, auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurückzubeziehen, weil die Dauer des Prozesses dem Ersitzenden nicht zum Nachtheile gereichen darf.

Sollte die Wiedererlangung durch verbotene Eigenmacht bewirkt sein, so liegt hierin kein Grund, den Eigenmächtigen mit einem Rechtsnachtheile in Ansehung der Ersitzung zu belegen.

§ 886.

b) durch mala fides superveniens;

Das röm. Recht gab der mala fides superveniens keinen Einfluß auf die Ersitzung; erst das kanon. Recht hat einen solchen Einfluß zugestanden; dem letzteren sind die modernen Gesetzgebungen gefolgt[1]). Die Entwürfe für Hessen und Bayern sind zur römischen Regel zurückgekehrt[2]). Wenn auch vielleicht bei der ordentlichen Ersitzung der res ex justa causa tradita et bona fide accepta die römische Regel den Vorzug verdienen sollte, weil der Empfänger bereits eine durch spätere Ereignisse in seiner Person nicht zu beeinträchtigende Rechtsposition erworben hat, so wird bei der außerordentlichen Ersitzung die Rechtsnorm nicht zu Gunsten eines malae fidei possessor Anwendung finden dürfen. Es ist deshalb ebenso wie für den Fall der anfänglichen mala fides so auch für den Fall der mala fides superveniens eine Ausnahme von der Rechtsnorm zu bestimmen; nur darf in dem letzteren Falle der mala fides nicht die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß gleichgesetzt werden, weil man demjenigen, welcher einmal gutgläubig besitzt, nicht aufbürden darf, Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, ob die Sache einem Anderen gehört. Die unterbrechende Wirkung der mala fides superveniens ist in Ansehung desjenigen, welcher die Kenntniß erlangt hat, eine definitive, da die mala fides ihrer Natur nach ein bleibender und nicht ein vorübergehender Umstand ist. In dem Falle des § 882 Abs. 2 ist die mala fides auch in der Person eines Nichtbesitzers denkbar, nämlich in der Person des Erben in der Zeit zwischen dem Erbfalle und der Annahme der Erbschaft.

Da nach dem Schlußpassus nur derjenige, welcher die Kenntniß erlangt hat, an dem Beginne einer neuen Ersitzung gehindert wird, so bildet die eingetretene mala fides des Erblassers kein Hinderniß für den in den Besitz der Sache gelangenden Erben, wie solches im gemeinen Rechte nach l. 11 D. de div. temp. praesc. 44, 3 angenommen wird.

§ 887.

c) durch Klagerhebung.

Der Entwurf geht davon aus, daß durch den Eintritt der Rechtshängigkeit der gegen den Besitzer angestellten Eigenthumsklage die Ersitzung nicht absolut, sondern nur relativ unterbrochen wird. Das geltende Recht ist ver-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 579; bayr. L. R. II, 4 § 7; sächs. G. B. § 265. Vergl. auch zür. G. B. § 642, österr. G. B. §§ 1460, 1463, 1497.

[2]) II, 4 Art. 33 und III Art. 133 Abs. 2.

ſchieden[1]). Hier ſprechen die gleichen Gründe wie in dem Falle der Anſpruchsverjährung dafür, die Prozeßdauer zu Gunſten des Klägers unſchädlich zu machen. In derſelben Weiſe, wie ein erhobener dinglicher Anſpruch gegen die Folgen des Ablaufes der Verjährungsfriſt zu ſchützen iſt, iſt derſelbe auch gegen die Folgen des Ablaufes der Erſitzungsfriſt zu ſchützen. Aus dieſem Grunde ſind die nach erſterer Richtung hin zur Anwendung gelangenden Vorſchriften auch in dem vorliegenden Falle für entſprechend anwendbar erklärt.

§ 888.

Erſitzung des Putativerben.

Die Erſitzung des Putativerben als ſolchen kann die Erbſchaft wohl mehren, aber nicht mindern; denn es würde zu einer Inkonſequenz führen, wenn der Putativerbe, welcher nicht durch Erſitzung an die Stelle des wahren Erben in Anſehung der Erbſchaft als eines Ganzen treten kann, die Rechte als Erbe an einzelnen Sachen durch Erſitzung gewinnen könnte[2]). Indem die Vorſchrift des Entwurfes dieſe aus den allgemeinen erbrechtlichen Grundſätzen für den Fall, daß der Uſukapionsbeſitz zugleich Erbſchaftsbeſitz iſt, ſich ergebende Konſequenz ausſpricht, führt er nicht zu einem doppelten relativen Eigenthume, des wahren Erben gegenüber dem Putativerben und des letzteren gegen alle übrigen Perſonen, ſondern nur zu einem im Wege der Erſitzung entſtehenden, aber mit der Erbenpoſition des Erſitzenden verbundenen Eigenthume.

§ 889.

Wirkung der Erſitzung.

Die aus der originären Natur des Eigenthumserwerbes durch Erſitzung ſich ergebende Konſequenz, daß das Geſetz, indem es dem Erſitzenden das Eigenthum zuſpricht, dem bisherigen Eigenthümer das Eigenthum abſpricht, würde vielleicht auch ohne beſondere Beſtimmung wegen der begrifflichen Unmöglichkeit eines Doppeleigenthumes klar ſein. Es erſcheint aber erforderlich, keinen Zweifel darüber zu laſſen, wie die Erſitzung in Anſehung der ſonſtigen an der Sache beſtehenden Rechte wirken ſoll. Dieſe Wirkung wird ebenſo wie die Wirkung gegenüber dem bisherigen Eigenthümer dahin beſtimmt, daß diejenigen ſonſtigen Rechte von dem Erlöſchen ausgenommen ſind, in Anſehung deren es an der erforderlichen anfänglichen bona fides fehlte. Ebenſo werden die Vorſchriften über die Unterbrechung auch den ſonſt Berechtigten gegenüber für anwendbar erklärt. Es ergiebt ſich hieraus die Möglichkeit einer Wirkung der Erſitzung dahin, daß belaſtetes Eigenthum erworben wird, analog wie in den Fällen des § 878. Auch die Möglichkeit, daß lediglich ein Nießbrauchsrecht oder ein Pfandrecht erliſcht — usucapio libertatis —, iſt hier wie dort nicht ausgeſchloſſen.

---

[1]) Windſcheid § 180 Note 7; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 603 ff.; ſächſ. G. B. § 274; heſſ. Entw. II, 5 Art. 18, 19. Die Unterbrechung iſt nur eine relative nach code civil Art. 2247, öſterr. G. B. § 1497, zür. G. B. § 644, bayr. Entw. III Art. 644.

[2]) Vangerow, Pand. § 320 Anm. 1 und 2; ſächſ. G. B. § 271; bayr. Entw. III Art. 135.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.

Vorbemerkungen.

Objektive Voraussetzung des Erwerbes.

1. Der Entwurf setzt eine Sache voraus, in welcher sich Bestandtheile unterscheiden lassen, die vor ihrer Vereinigung selbständige Sachen waren und unter besonderen und verschiedenen dinglichen Rechtsschicksalen standen, mag nun ein gesondertes Eigenthum an den einzelnen Sachen stattgefunden haben, oder mögen diese Sachen, wenn sie demselben Eigenthümer gehörten, verschiedenen begrenzten Rechten unterworfen gewesen sein.

Der Eintritt in das Bestandtheilsverhältniß hat, wenn nicht noch weitere Voraussetzungen hinzutreten, auf das dingliche Rechtsverhältniß ebensowenig Einfluß, wie die Lösung aus dem Bestandtheilsverhältnisse. Das Bestandtheilsverhältniß beeinträchtigt nach dem Entwurfe insbesondere nicht, wie im röm. Rechte, die Vindizirbarkeit des Theiles vor der Trennung[1]).

Bedürfniß für die gesetzliche Regelung.

Das Bedürfniß einer neuen Regelung des Rechtes an der ganzen Sache tritt ein, wenn ein beharrendes Sonderrecht an den die Sache bildenden Bestandtheilen, sei es aus positivrechtlichen Gründen nach §§ 782—786, sei es wegen der thatsächlichen Unlöslichkeit der Verbindung und der damit gegebenen Unmöglichkeit einer Wiederherstellung der Bestandtheile zu selbständigen Sachen, nicht bestehen kann. Der dem früheren Rechtsverhältnisse der Bestandtheile entsprechende Zustand soll oder kann in Fällen dieser Art nicht wiederhergestellt werden. Mit der positiven Ausschließung oder mit der Unmöglichkeit eines Sonderrechtes an einem Bestandtheile ist die Frage gestellt, aber noch nicht beantwortet, in wessen Rechte das Ganze stehe. Eine Beantwortung dieser Frage ist zwar nicht für den Fall des allmählichen natürlichen Zuwachses, bei welchem es an einem bestimmten das Bestandtheilsverhältniß herstellenden Ereignisse fehlt, wohl aber dann erforderlich, wenn in Folge eines bestimmten Ereignisses, insbesondere einer menschlichen Handlung, das Bestandtheilsverhältniß geschaffen wird. Für diesen Fall ist das Rechtsverhältniß, in welchem das Ganze steht, so zu regeln, daß das Ganze einem einheitlichen Rechte unterworfen d. h. so behandelt wird, als wenn es von jeher eine einheitliche Sache gewesen wäre.

Subjektive Momente bei der Verbindung.

2. Nach dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungen wird bei der Regelung des Rechtes an der ganzen Sache lediglich auf den durch die Verbindung herbeigeführten Zustand und auf die bis zu dem Zeitpunkte der Verbindung an den nunmehr verbundenen Sachen bestehenden Rechte gesehen[2]). Auf die besonderen Umstände, unter welchen die Verbindung geschah, insbesondere wenn die Verbindung durch eine menschliche Handlung hergestellt wurde, auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Handelnden wird regelmäßig keine Rücksicht genommen. Einem anderen Wege folgt das preuß.

---

[1]) Dernburg I § 235 Note 9; bayr. L. R. II, 3 § 16; für das sächs. G. B. Siebenhaar, Lehrb. § 205 bei Note 6; österr. G. B. § 415; zür. G. B. § 640. Vergl. dagegen: bayr. Entw. III, Art. 107, 109, code civil Art. 566, 568.

[2]) Code civil Art. 566, 569; bayr. L. R. II, 3 § 16; sächs. G. B. § 247; österr. G. B. § 415 ff; bayr. Entw. Art. 107; zür. G. B. § 640.

Recht, indem es, wenn die Verbindung durch die Handlung eines Betheiligten geschieht, der Unredlichkeit des Verbindenden einen weitgehenden Einfluß einräumt[1]). Der Entwurf geht davon aus, daß es nicht angemessen sei, das dingliche Rechtsschicksal der ganzen Sache von derartigen subjektiven Momenten abhängig zu machen.

Dominium dormiens.

3. Der Entwurf kennt kein ruhendes Sonderrecht an den wesentlichen Bestandtheilen — dominium dormiens —, welches im Falle einer etwaigen Trennung wieder auflebte. Das Fortbestehen eines unersichtlichen bedingten Sonderrechtes ist für den betreffenden Berechtigten ohne praktischen Vortheil. Den meisten neueren Gesetzgebungen ist diese Art des dominium dormiens unbekannt[2]).

Auseinandersetzung der Betheiligten.

4. Am nächsten scheint eine solche Regelung zu liegen, welche jedem Kontribuenten ein an die Stelle seines früheren Rechtes am nunmehrigen Bestandtheile tretendes Recht an der ganzen Sache zuweist, ein Miteigenthumsrecht oder einen Nießbrauch bezw. ein Pfandrecht an einer Quote. Eine Art von dinglichem Rechte kommt auch heraus, wenn dem früheren Bestandtheilseigenthümer eine durch Wertherſatz abzuwendende utilis rei vindicatio gegeben wird[3]). Weder im gemeinen Rechte noch in den modernen Gesetzgebungen ist indessen das Prinzip durchgeführt, daß an die Stelle des Rechtes am Bestandtheile ein Recht an der ganzen Sache zu treten habe; in den häufigeren Fällen, in denen von den verbundenen Sachen die eine als die Hauptsache anzusehen ist, verlieren die sonstigen Betheiligten einfach ihr dingliches Recht zu Gunsten des Eigenthümers der Hauptsache und bleibt nur eine Ausgleichung im Wege der Kondiktion in Frage. In der That läßt jenes Prinzip sich nicht durchführen, ohne sehr verwickelte Rechtsverhältnisse zu schaffen. Zu einer einfachen und angemessenen Lösung kann man in den meisten Fällen nur gelangen, wenn man sich dazu entschließt, die neue Sache einem der Betheiligten zuzusprechen und damit den übrigen in gewissem Sinne zu enteignen.

§ 890.

Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstücke.

Den Vorschriften der §§ 782—786 ist zu entnehmen, was wesentlicher Bestandtheil eines Grundstückes sei. Während bei der Verbindung beweglicher Sachen das durch die Verbindung geschaffene Ganze in's Auge gefaßt wird und die Frage, ob eine der verbundenen Sachen und welche derselben als Hauptsache anzusehen ist, zu lösen bleibt, ist die Rolle des Grundstückes als Hauptsache in jedem Falle von vornherein gegeben, und eine umgekehrte Betrachtungsweise, z. B. die dem preuß. Rechte nicht fremde Betrachtung der area als eines Bestandtheiles des auf derselben errichteten Hauses, ausgeschlossen.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 299 ff. Dernburg I § 235 Ziff. 3; vergl. auch heſſ. Entw. II, 3 Art. 47.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 334 ff; code civil Art. 554; sächs. G. B. § 284; österr. G. B. §§ 414 ff; zür. G. B. § 548; bayr. Entw. III Art. 101, heſſ. Entw. II, 3 Art. 43, 44. Vergl. dagegen: bayr. L. R. II, 3 § 17.

[3]) Windscheid I § 190 Note 4.

Die Konsequenz daraus, daß das Grundstück als Hauptsache zu gelten hat, wird von dem Entwurfe ebenso bestimmt, wie in dem Falle der Verbindung und Vermischung beweglicher Sachen[1]).

Durch die Vorschrift des Entwurfes über den Eigenthumserwerb wird der Frage nicht vorgegriffen, ob nicht unter Umständen die Verbindung als eine dem Eigenthümer des Grundstückes gegenüber unerlaubte und deshalb zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtende Handlung erscheint.

§ 891.

Verbindung beweglicher Sachen.

Als Voraussetzung des Eintrittes der Rechtsnorm ist lediglich bestimmt, daß bewegliche Sachen als wesentliche Bestandtheile eines Ganzen mit einander verbunden sind, ohne daß auf die Umstände, unter welchen die Verbindung geschehen ist, etwas ankommt. Möglich bleibt, daß zugleich die weitergehenden Voraussetzungen der Spezifikation vorliegen und der Vorgang alsdann nach §§ 893, 894 zu beurtheilen ist.

Als Inhalt der Rechtsnorm wird die Regel aufgestellt, daß die bisherigen Eigenthümer der verbundenen Sachen Miteigenthümer des durch die Verbindung entstandenen Ganzen werden[2]). Von dieser Regel wird in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte eine Ausnahme für den Fall bestimmt, wenn eine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist. Die Entscheidung, welche Sache als Hauptsache zu betrachten ist, überläßt der Entwurf dem Richter, welcher hierbei nach der Auffassung des Verkehres zu urtheilen hat[3]).

§ 892.

Vermischung und Vermengung.

Zwischen den Fällen der commixtio und confusio und den Fällen des vorigen Paragraphen besteht nur der für den Inhalt der eintretenden Rechtsnorm einflußlose Unterschied, daß die Unmöglichkeit des Beharrens des Sonderrechtes an einzelnen Theilen des Gemenges oder der Mischung auf der thatsächlichen Unmöglichkeit der Aussonderung und nicht auf einer positiven, das Ganze zusammenhaltenden Vorschrift beruht. Nur in dem besonderen Falle des zweiten Absatzes findet eine positiv rechtliche Untrennbarkeit statt, welche dem durch positive Satzung bestimmten Verhältnisse verbundener Sachen als wesentlicher Bestandtheile eines Ganzen zu vergleichen ist[4]). Diese positivrechtliche Untrennbarkeit entspricht dem gemeinsamen Interesse der Betheiligten, indem sie die Trennungsprozedur für alle Fälle ausschließt, in welchen dieselbe ein offenbar unwirthschaftliches, auch abgesehen von den Kosten die anderen Betheiligten

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 334 ff.; sächs. G. B. § 284; code civil Art. 554; österr. G. B. §§ 417 ff.; zür. G. B. § 548; bayr. Entw. III Art. 101; hess. Entw. II, 3 Art. 43, 44.

[2]) Windscheid I § 189 Note 2; bayr. L. R. II, 3 § 16; sächs. G. B. § 247; österr. G. B. §§ 415 ff.; code civil Art. 566, 569; zür. G. B. § 640; bayr. Entw. III Art. 167; hess. Entw. II, 3 Art. 47. Vergl. preuß. A. L. R. I, 9 §§ 299 ff.

[3]) Vergl. sächs. G. B. § 250, code civil Art. 567—569, bayr. Entw. III Art. 108.

[4]) Vergl. sächs. G. B. § 249, zür. G. B. § 640, bayr. Entw. III Art. 109 Abs. 2.

beläſtigendes Unternehmen iſt, ohne einem Betheiligten die Befugniß zu belaſſen, Trennung auf ſeine Koſten zu verlangen.

Abgegrenzte Menge.

Die Vorſchriften des § 892 ſetzen voraus, daß eine abgegrenzte Menge vorliegt, zu welcher Beiträge von verſchiedenen Seiten gelangt ſind und über deren Rechtsſchickſal zu entſcheiden iſt. Liegt keine abgegrenzte Menge vor, ſondern ſteht nur die Thatſache feſt, daß Quantitäten von Geld, Getreide ꝛc. in die nicht abgegrenzten Vorräthe einer anderen Perſon eingemiſcht ſind, ſo treffen die Vorausſetzungen der Rechtsnorm nicht zu. Daß der bisherige Eigenthümer der eingemiſchten Quantität nicht vindiziren kann, iſt eine Folge davon, daß der zu vindizirende Gegenſtand nicht individuell zu bezeichnen und zu ermitteln iſt. Liegt aber eine abgegrenzte Geſammtmenge vor, ſo iſt auch für den Fall, daß es ſich um Geld handelt, keine Beſonderheit zu Gunſten des Empfängers von Geld zu beſtimmen, falls etwa ausnahmsweiſe der Empfänger, z. B. wegen Mangels des guten Glaubens in ſeiner Perſon oder wegen Geſchäftsunfähigkeit des Zahlenden, das Eigenthum nicht ſchon durch die Uebergabe erworben hat[1]); denn durch die Vorſchrift, daß der Empfänger durch die Vermiſchung des fremden Geldes mit dem eigenen Gelde Eigenthümer des erſteren werde, würden die bisherigen Eigenthümer der eingemiſchten Geldſtücke im Falle des Konkurſes des Beſitzers der Geldmenge in ungerechtfertigter Weiſe benachtheiligt werden.

§§ 893, 894.

Verarbeitung und Umbildung.

1. Bei der Spezifikation liegt die Vorausſetzung der Rechtsnorm nicht, wie bei der Verbindung und Vermiſchung, in dem objektiven Verhältniſſe, in welches die mehreren Sachen zu einander getreten ſind, ſondern in dem Vorgange der Spezifikation. Die Spezifikation geſchieht durch eine an einer beweglichen Sache vorgenommene Handlung. Eine Mehrheit von verwendeten Sachen wird nicht mit Nothwendigkeit vorausgeſetzt. Es muß zwar eine Handlung vorliegen, d. h. ein bewußter und gewollter Akt, bei welchem der Wille auf die Herſtellung der neuen Sache gerichtet iſt, aber der Wille der Spezifikation braucht nicht, wie bei der Okkupation, auf die eintretende Rechtsänderung gerichtet zu ſein. Die Spezifikation iſt kein Rechtsgeſchäft. Ob dieſelbe eine Rechtshandlung iſt, auf welche die Vorſchriften über Rechtsgeſchäfte in geringerem oder weiterem Umfange entſprechende Anwendung zu finden haben, oder ob die Spezifikation nicht vielmehr lediglich als natürliche Handlung aufzufaſſen iſt, bleibt beſſer der Entſcheidung in der Wiſſenſchaft und der Praxis vorbehalten. Von dieſer Entſcheidung hängt insbeſondere die Beurtheilung der Spezifikationsthätigkeit geſchäftsunfähiger Perſonen, ſowie die Beurtheilung der Vertretung in der produktiven Thätigkeit ab. Wird die produktive Thätigkeit als Vorausſetzung für den Eintritt der Rechtsnorm beſtimmt, ſo wird der mala fides des Spezifikanten in Anſehung ſeines Rechtes an den verwendeten Stoffen ein Einfluß nicht beigemeſſen, da die mala fides die geſetzliche Vorausſetzung beſtehen läßt und nicht berührt. Eine Ausnahme zu Ungunſten des bösgläubigen

[1]) Sächſ. G. B. § 248 Satz 2; vergl. bayr. Entw. III Art. 112.

Spezifikanten, ähnlich wie bei der Ersitzung, zu bestimmen, ist hier ebensowenig wie in den Fällen der Verbindung und Vermischung gerechtfertigt; denn die Rechtsnormen dieses Abschnittes gewähren nicht exzeptionelle Begünstigungen, die im Falle der mala fides zurückgehalten werden müßten. Die Mehrheit der Gesetzgebungen legt der mala fides des Spezifikanten Einfluß bei; das sächs. G. B. und der bayr. Entw. theilen den hier vertretenen Standpunkt[1]). In ihrer Wirkung wird die produktive Thätigkeit dahin bezeichnet, daß sie zu der Herstellung einer neuen Sache geführt haben muß[2]). Den Begriff der neuen Sache im einzelnen Falle näher festzustellen, wird dem Richter überlassen, welcher dabei den Anschauungen des Verkehres zu folgen hat. Auf die römischrechtliche Voraussetzung, daß der verarbeitete Stoff nicht mehr in seine frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, ist mit den meisten neueren Kodifikationen kein Gewicht zu legen. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob, wenn zum Zwecke der Spezifikation Sachen verbunden sind, eine verbundene Sache wesentlicher Bestandtheil der neuen Sache geworden ist.

Stellung des bösgläubigen Spezifikanten.

Begriff der neuen Sache.

2. Die Vorschrift des § 894 soll einer zu engen Auffassung des Begriffes der neuen Sache entgegentreten[3]). Bearbeitung.

Der Inhalt der Rechtsnorm des § 894 geht dahin, daß der Spezifikant das Eigenthum der neuen Sache erwirbt. Es wird also dem Beitrage zu der Herstellung der neuen Sache, welcher in der Thätigkeit des Spezifikanten liegt, schlechthin das Uebergewicht beigemessen und den sonstigen Kontribuenten ähnlich wie in dem Falle des § 891 Abs. 2 jedes Recht an der Sache abgesprochen. Eine Abwägung der verschiedenen Beiträge an Arbeit und an Stoff gegeneinander führt in der Praxis zu minder einfachen Resultaten und entspricht auch nicht dem Uebergewichte, welches aus wirthschaftlichen Gründen der produktiven Thätigkeit gebührt. Im gemeinen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen treten verschiedene Ansichten darüber heroor, ob der Beitrag an Arbeit oder der Beitrag an Stoff mehr Berücksichtigung verdiene und ob etwa auf den Werth solcher Beiträge zu sehen sei[4]).

§§ 895, 896.

1. In den §§ 890—894 sind nur die im Eigenthume vorgehenden Rechtsänderungen bestimmt. Es ist mit Schwierigkeiten verbunden, die betreffenden Rechtsnormen so zu fassen, daß zugleich diejenigen Rechtsänderungen mitgetroffen werden, welche eintreten, wenn die verbundenen, vermischten, verarbeiteten Sachen einem Nießbrauche oder einem Pfandrechte unterworfen waren. Der besseren Klarstellung wegen werden die Rechtsänderungen letzterer

Einfluß der Verbindung ꝛc. auf die begrenzten Rechte.

---

[1]) Sächs. G. B. § 246; bayr. Entw. III Art. 113; vergl. preuß. A. L. R. I, 9 §§ 299, 304, bayr. L. R. II, 3 §§ 14, österr. G. B. §§ 414, 415, zür. G. B. §§ 637, 638.

[2]) Sächs. G. B. § 246; zür. G. B. § 637; bayr. Entw. III Art. 113.

[3]) Sächs. G. B. § 252.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 304; sächs. G. B. § 246; bayr. Entw. III Art. 113. Vergl. code civ. Art. 570—572, zür. G. B. §§ 637, 638, österr. G. B. § 415; ferner: Windscheid § 187 Note 4.

Art in den §§ 895, 896 bestimmt mit Unterscheidung der Fälle, daß die Rechtsänderung *auch* die begrenzten Rechte (§ 895) und daß sie *nur* die begrenzten Rechte (§ 896) betrifft.

Lastenfreier Erwerb.

2. Insoweit der Erwerb des Eigenthumes in §§ 890—894 bestimmt ist, braucht zwar die Aufhebung des bisherigen Eigenthumes, wegen der Unmöglichkeit des Doppeleigenthumes, nicht besonders hervorgehoben zu werden. Daß die bisher begründeten Pfand- und Nießbrauchsrechte erlöschen, ergiebt sich aus einem argumentum a potiori; doch entspricht es dem bisherigen Verfahren des Entwurfes in §§ 878 und 889, auch das Erlöschen der begrenzten Rechte klarzustellen (§ 895 Abs. 1). Die in § 896 bestimmte entsprechende Anwendbarkeit des § 895 Abs. 1 auf den Fall, wenn für die Erwerbung des Eigenthumes kein Raum ist, weil derjenige, der sonst dasselbe erwerben würde, bereits Eigenthümer war, ergiebt, daß der Rechtsverlust auf der anderen Seite, wenn Nießbrauchs- oder Pfandrechte an der verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Sache bestanden, auf die Aufhebung dieser Rechte sich beschränken kann.

3. Die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes des § 895 sind nur in den Fällen der Verbindung und Vermischung, nicht im Falle der Spezifikation anwendbar.

Der zweite Absatz des § 895 stellt klar, daß, wenn das Eigenthum an der Hauptsache auf die Akzessionen sich ausdehnt, die an der Hauptsache bestehenden begrenzten Rechte in gleicher Weise sich ausdehnen. In dem Falle, welchen der § 896 voraussetzt, ergiebt die entsprechende Anwendbarkeit des § 895 Abs. 2, daß die bezeichnete Ausdehnung nur die etwaigen Nießbrauchs- oder Pfandrechte treffen kann, nicht aber das Eigenthum.

4. Der dritte Absatz des § 895 endlich bestimmt, daß die als Surrogat des Eigenthumes der verbundenen oder vermischten Sachen eintretenden Bruchtheile nach allen Richtungen auch für die bestehenden Nießbrauchs- und Pfandrechte an die Stelle der einverleibten Sachen treten. Die in § 896 bestimmte Anwendbarkeit des § 895 Abs. 3 in dem in § 896 bezeichneten Falle ergiebt, daß ein Quotennießbrauch oder ein Quotenpfandrecht entstehen kann, auch wenn Miteigenthum nicht vorliegt.

§ 897.

Ausgleichung.

Der § 897 bestimmt die Ausgleichung des Rechtsverlustes, welchen ein Betheiligter nach den §§ 890—896 erleidet. Die Regel des § 748 Abs. 2, nach welcher ein Rechtsverlust, wenn eine Rechtsnorm denselben bestimmt, im Zweifel als auf einem rechtlichen Grunde beruhend anzusehen ist, paßt im vorliegenden Falle nicht, denn die Rechtsänderung wird nicht um deswillen bestimmt, weil ein rechtlicher Grund für den Erwerb auf der einen und für den Verlust auf der anderen Seite vorliegt, sondern weil an dem einheitlichen Ganzen oder der einheitlichen neuen Sache auch nur einheitliches Recht zugelassen werden kann. Es ist deshalb erforderlich, vorzuschreiben, daß die Bereicherung, welche in Folge der kraft Gesetzes eintretenden Rechtsänderung eintritt, als nicht auf einem rechtlichen Grunde beruhend zu gelten hat. Diese Vorschrift führt zur direkten Anwendbarkeit des § 748 Abs. 3.

Hat der Besitzer der fremden Hauptsache mit dieser eigene Sachen verbunden oder vermischt, so kommen bei der Beurtheilung seines Bereicherungsanspruches gegen den Eigenthümer der Hauptsache die besonderen Vorschriften des § 936 zur Anwendung.

IV. Erwerb des Eigenthumes an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen einer Sache.

Vorbemerkungen.

Aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes ergiebt sich, daß eine körperliche Zertheilung der Sache an dem Rechtsbestande nichts ändert. An den von einander getrennten Theilen, welche fortan Gegenstände einer getrennten und selbständigen Inhabung bilden und wenn sie von einem Grundstücke getrennt sind, nicht mehr den Normen des Immobilienrechtes unterliegen, besteht das bisherige Recht, Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht ꝛc. in der Regel fort, soweit nicht etwa nach dem besonderen Inhalte des ein Grundstück belastenden Rechtes, z. B. eines dinglichen Vorkaufsrechtes, ein solcher Fortbestand als ausgeschlossen erscheint. Die Fruchteigenschaft des getrennten Bestandtheiles ändert nichts an dem hiernach sich ergebenden Resultate.

§ 898.

Grundsatz.

Das nach den Vorbemerkungen auch auf andere Rechte an der Sache Anwendung leidende Prinzip wird in § 898 für das Eigenthum, und zwar sowohl für das Eigenthum an Grundstücken als auch für das Eigenthum an beweglichen Sachen ausgesprochen, weil dieses Prinzip gerade in dieser seiner Anwendung in den nachfolgenden Paragraphen Ausnahmen erleidet.

§ 899.

Fruchterwerb des dinglich Berechtigten.

Der § 899 bezieht sich auf alle dinglichen Nutzungsrechte, nicht blos auf die in dem Entwurfe geregelten, sondern auch auf diejenigen, in Ansehung deren nach dem Einführungsgesetze das Landesrecht in Kraft bleibt. Daß mit dem Nutzungsrechte ein Inhabungsrecht des Betheiligen verbunden sei, ist nicht erforderlich.

a) Die Vorschrift des Abs. 1 setzt voraus, daß die von der Sache getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile zu denjenigen Gegenständen gehören, welche dem Berechtigten kraft seines Rechtes gebühren. Das Gebührende kann bei den Nutzungsrechten des Entwurfes hinter dem gesetzlichen Fruchtbegriffe zurückbleiben, aber nicht über denselben hinausgehen, während in Ansehung der partikularrechtlichen Nutzungsrechte das Landesrecht den Umfang des Gebührenden bestimmt.

Was den Inhalt der Rechtsnorm anbelangt, so bestehen im geltenden Rechte Verschiedenheiten. Würde nichts bestimmt, so würde aus dem früher

gedachten Prinzipe sich ergeben, daß an allen abgetrennten Bestandtheilen das besondere dingliche Recht fortbesteht und gegen Dritte verfolgbar ist, daß also der Berechtigte die ihm als Früchte gebührenden Gegenstände in seine Inhabung und in seinen Besitz bringen und damit sich zueignen kann. Das gemeine Recht und die demselben folgenden Gesetzgebungen[1]) fordern Perzeption zum Eigenthumserwerbe, die meisten neueren Gesetzgebungen lassen indessen die Trennung genügen[2]). Der Unterschied ist ein geringer, da das dingliche Aneignungsrecht im Wesentlichen mit dem Rechte aus der erfolgten Aneignung zusammenfällt. Der zweite Weg hat den Vorzug der Einfachheit. Durch die Einschlagung desselben wird es von vornherein überflüssig, diejenigen Unterschiede zu berücksichtigen, welche in der gemeinrechtlichen Doktrin in Ansehung des Emphyteuta und in Ansehung des Falles, wenn Thierjunge Gegenstand der Nutzung sind, gemacht werden[3]).

Ausnahme zu Gunsten des redlich besitzenden Eigenthümers.

b) Der Abs. 2 bestimmt zu Gunsten des Eigenthümers, welcher die Sache besitzt, ohne von deren Belastung Kenntniß zu haben, eine Ausnahme von der Regel, daß das die Sache belastende Nutzungsrecht an den dem Nutzungsberechtigten als Früchte gebührenden Bestandtheilen mit deren Trennung in Eigenthum sich umsetzt. Es soll auch die weitere Folge ausgedrückt werden, daß jene Bestandtheile mit ihrer Trennung von der auch auf ihnen ruhenden Belastung befreit werden, der Erwerb des redlich besitzenden Eigenthümers mithin hier wie in den Fällen der Uebergabe an den gutgläubigen Besitzer und der Ersitzung (vergl. §§ 878, 889) — falls ein Eigenthumserwerb außer Frage steht, weil Eigenthum schon vorhanden —, in der Erlangung der Freiheit des Eigenthumes besteht. Die hinzugefügte Einschränkung entspricht der ähnlichen, in § 900 Nr. 3 bestimmten Beschränkung.

Gerechtfertigt wird die Bestimmung dadurch, daß der redlich besitzende Eigenthümer jedenfalls nicht ungünstiger gestellt werden kann, als der redlich besitzende Nichteigenthümer. Nur ist der Unterschied zu beachten, daß die eintretende Liberation sich auf alle dem Nutzungsberechtigten gebührenden abgetrennten Bestandtheile, auch wenn dieselben nicht Früchte sind, erstreckt, während der nach § 900 zu Gunsten des redlichen Besitzers eintretende Eigenthumserwerb sich nur auf die Früchte im technischen Sinne bezieht.

Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

§ 900.

Geltendes Recht.

I. Der in den römischen Quellen häufig vorkommende Satz „bonae fidei possessor fructus suos facit“ hat in Verbindung mit zahlreichen sachlichen Entscheidungen der römischen Juristen zu der Lehre geführt, der redliche Besitzer erwerbe an den Früchten Eigenthum. Entsprechende Vorschriften sind denn

[1]) Windscheid I § 186 Note 5; sächs. G. B. § 245; bayr. Entw. III Art 100 Abs. 2.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 221; österr. G. B. arg. § 519; zür. G. B. arg. § 733; hess. Entw. arg. II, 4 Art. 12.

[3]) Windscheid I § 186 Note 5.

auch in die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe übergegangen[1]). Ob der Satz von dem Eigenthumserwerbe des redlichen Besitzers an den Früchten aus den römischen Quellen sich rechtfertigt, ist erheblichen Zweifeln unterworfen[2]); jedenfalls entspricht derselbe dem Zuge der modernen Gesetzgebung und dem praktischen Bedürfnisse. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde von den natürlichen Früchten (§ 792 Nr. 1) dasselbe gelten, was von der Sache selbst gilt. Die zunächst erforderliche und in der römisch-rechtlichen Doktrin nicht bezweifelte Modifikation müßte darin bestehen, daß die Haftung des Besitzers wegen der verzehrten Früchte gegenüber der condictio sine causa des Eigenthümers (§ 748) ausgeschlossen würde. Dies würde aber nicht genügen. Wenn man den Besitzer wegen der fructus exstantes der Vindikation unterwerfen wollte, so müßte doch die Einschränkung gemacht werden, daß nur die bei dem redlichen Besitzer der Sache, nicht aber die in den Händen dritter Personen sich findenden Früchte von dem bisherigen Eigenthümer vindizirbar seien, damit die mit einer Vervielfältigung der Vindikation verbundenen Weitläufigkeiten vermieden werden und der redliche Besitzer, welcher die Früchte, statt sie zu verbrauchen, veräußert hat, nicht weiter von dem Erwerber wegen Eviktion in Anspruch genommen werden kann. Es müßte also zu Gunsten des veräußernden Besitzers einerseits die Veräußerung, was die Haftung gegenüber der Bereicherungsklage anbelangt, dem Verbrauche gleichgesetzt und andererseits der Erwerber vindikationsfrei gestellt werden. Man geht nur noch einen Schritt weiter und gelangt zu einem durch seine Einfachheit sich empfehlenden Resultate, wenn man den Besitzer selbst sofort das Eigenthum an den Früchten erwerben läßt. Dieser weitere Schritt entspricht der Billigkeit. Die Verzehrungsbefugniß und Veräußerungsmacht des Besitzers stehen materiell dem Eigenthume ziemlich nahe. Es würde eine gewisse Unbilligkeit darin liegen, wenn man dem Besitzer den zufälligen Umstand zum Nachtheile gereichen lassen wollte, daß er die Früchte nicht verzehrt oder veräußert hat. Das Resultat, zu welchem der Entwurf gelangt, läßt sich auch dahin kennzeichnen, daß bezüglich der ganzen Sache am strengen Eigenthumsprinzipe festgehalten, in Ansehung der getrenuten Früchte aber dem Besitzer eine ähnliche Eigenthumsstellung zugestanden wird, wie solche der französische Satz „possession vaut titre“ in Ansehung beweglicher Sachen allgemein gewährt.

Standpunkt des Entw.

Erwerb des Eigenthumes an den getrennten Früchten.

II. Im Einzelnen ist zu den Vorschriften des § 900 zu bemerken:

Voraussetzungen des Erwerbes:

1. Voraussetzungen der Rechtsnorm.

a) Besitz. Die Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes kommen ohne Besonderheiten zur Anwendung.

a) Besitz der Sache;

b) Die Bestandtheile, an denen Eigenthum erworben werden soll, müssen von der Hauptsache getrennt sein und unter den Begriff der Früchte im gesetzlichen Sinne fallen. Mehr wie Trennung, insbesondere Perzeption, ist nicht zu verlangen, weil für eine neue Besitzergreifung an den bis zum

b) Trennung von Früchten.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 189; code civil Art. 549; sächs. G. B. § 244; österr. G. B. § 330; zür. G. B. § 509; bayr. Entw. III Art. 100 Abs. 3, hess. Entw. II, 3 Art. 21.

[2]) Windscheid I § 186.

Augenblicke der Trennung mit der Hauptsache besessenen Früchten, an welchen der Besitz durch die Trennung allein nicht aufgehoben wird, kein Raum ist. Die Maßgeblichkeit des Trennungszeitpunktes ist aber auch zum Schutze des Besitzers erforderlich, damit er die von anderen Personen getrennten und in Besitz genommenen Früchte vindiziren könne. Die weitere Voraussetzung, daß das Getrennte Fruchteigenschaft habe, verhütet, daß die Sache selbst bei ihrer etwaigen Auflösung stückweise dem Eigenthume des Besitzers verfalle. Von der Voraussetzung, daß bei Ziehung der Früchte ein wirthschaftliches Maß eingehalten ist, hängt die Frage des Eigenthumserwerbes weder hier noch im Falle des Nießbrauches (§ 988 Abs. 2) ab; die besonderen Gründe, welche im Falle des Nießbrauches zu der Bestimmung einer obligatorischen Herausgabepflicht in Ansehung der über das Maß gezogenen Früchte geführt haben, liegen in dem gegenwärtigen Falle nicht vor.

Wirkung des Erwerbes gegen die dingl. Berechtigten.

2. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß der Besitzer das Eigenthum der Früchte erwirbt. Diejenigen Berechtigten, welche nach §§ 898, 899 das Eigenthum an den Früchten mit deren Trennung erwerben würden, weichen dem Besitzer. Wenn aber auch die Früchte ohne Rücksicht auf das einem Anderen zustehende Recht auf Erwerb derselben erworben werden, so wird doch im Entwurfe das sonst bei dem originären Erwerbe geltende Prinzip der lastenfreien Erwerbung nicht vollständig durchgeführt. Die Bestimmung des § 900 bezieht sich nur auf das Verhältniß des redlichen Besitzes zu denjenigen, welche berechtigt sind, die Früchte zu ziehen, nicht auf die Stellung desselben zum Hypothekengläubiger. Nach § 1067 Nr. 2 unterliegen auch die dem Besitzer zufallenden Früchte der Hypothek. In Ansehung des Faustpfandrechtes bleibt es nach dem Entwurfe bei der Regel.

Nach § 748 Abs. 2 ist der Erwerb des Besitzers als auf einem rechtlichen Grunde beruhend anzusehen. Eine Ausnahme hiervon ist hier ebensowenig wie bei der Ersitzung zu bestimmen.

Gründe, die den Erwerb ausschließen:

3. Folgende Ausnahmen von der Rechtsnorm werden bestimmt:

a) mala fides.

a) Die Rechtsnorm wird ausgeschlossen durch mala fides des Besitzers. Die mala fides wird aus den später zu § 931 anzugebenden Gründen hier wie im Vindikationsfalle als die Kenntniß des Besitzers bezeichnet, daß er zum Besitze nicht berechtigt sei. Da es sich nicht um einen bei der Erwerbung des Besitzes vorhandenen bösen Glauben handelt, so ist ebensowenig wie in den Fällen der mala fides superveniens (§ 886) der eigentlichen mala fides eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß über den Mangel des eigenen Rechtes gleichzusetzen.

Der Entwurf gedenkt der Möglichkeit, daß der böse Glaube des Besitzers nur auf ein dingliches Fruchtziehungsrecht eines Anderen sich bezieht. In einem solchen Falle geht dieser Andere in Ansehung des Fruchterwerbes dem Besitzer vor.

Bedeutung der Rechtshängigkeit.

Es könnte in Frage kommen, ob nicht der Eintritt der Rechtshängigkeit zu Gunsten des klagenden Eigenthümers oder Nutzungsberechtigten für den Fall des Obsiegens dieser Personen dem Eintritte der wirklichen mala fides, ähnlich wie bei der Ersitzung im § 887, gleichzustellen sei. Eine solche Gleich-

stellung würde zu einer unerwünschten und Komplikationen veranlassenden Schwebe der Eigenthumsfrage führen. Es ist vorzuziehen, statt dessen eine nur obligatorische Herausgabepflicht des beklagten Besitzers in Ansehung der nach dem kritischen Zeitpunkte gezogenen Früchte zu bestimmen (§ 933), da in den Ausnahmefällen, wenn der Fruchterwerb durch den insolventen Besitzer für den Kläger mit materiellen Nachtheilen verbunden sein sollte, der Antrag auf gerichtliche Sequestration eine genügende Abhülfe bietet.

b) Eine weitere Ausnahme muß die Rechtsnorm erleiden, wenn der Besitz der fruchtbringenden Sache durch eine strafbare Handlung erworben ist, weil in den Fällen, wo eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung zum Erwerbe des Besitzes geführt hat, dem Delinquenten eine ausnahmsweise gesetzliche Begünstigung in Folge seines Deliktes nicht zu Theil werden darf, mag demselben auch nicht gerade eine vorsätzliche Eigenthumsverletzung zur Last fallen. b) Strafbare Handlung.

c) Endlich ist eine Ausnahme von der Rechtsnorm für den Fall zu bestimmen, wenn der Nutzungsberechtigte selbst ohne Eigenmacht die Früchte von der Sache getrennt, mithin die ihm zustehende Inhabung ausgeübt hat. Ist in diesem Falle noch ein redlicher Besitzer vorhanden, so muß zu Gunsten des Inhabers entschieden werden. c) Nutzungsrechte eines Anderen.

Fruchterwerb des Nutzungsberechtigten kraft obligatorischen Rechtes.

§§ 901, 902.

Während die §§ 898—900 Rechtsnormen enthalten, welche mit der an der Sache eintretenden Aenderung durch Abtrennung von Früchten eine Aenderung im Rechte verbinden, beruhen die durch die Vorschriften der §§ 901, 902 bestimmten Rechtsänderungen auf einem dinglichen Vertrage und lassen sich schon aus allgemeinen Grundsätzen herleiten. In den §§ 901, 902 wird eine besondere Eigenthumserwerbungsart nicht bestimmt und die Stellung dieser Paragraphen beruht auf der praktischen Rücksicht, im Anschlusse an den Fruchterwerb des dinglich Berechtigten auch den Fruchterwerb des obligatorisch Berechtigten festzustellen. Vertragsnatur des Erwerbes.

Das den §§ 901, 902 zu Grunde liegende Prinzip paßt für jeden dinglichen Vertrag, zu dessen Abschlusse die Uebergabe der Sache erforderlich ist, mithin auch für Verträge, in denen Pfand- und Nießbrauchsrechte an den Früchten bestellt werden. Die Vorschriften der §§ 901, 902 reden indessen nur von dem Falle, wenn der obligatorisch Berechtigte an den Erzeugnissen oder den sonstigen abzutrennenden Bestandtheilen Eigenthum erworben, nicht aber von dem Falle, wenn statt des Eigenthumes Pfandrecht oder Nießbrauch erworben werden soll. Für allgemeiner lautende Vorschriften fehlt es an einer passenden Stelle; auch liegt zu deren Aufnahme kein Bedürfniß vor, da in den verhältnißmäßig selteneren durch die vorliegenden Vorschriften nicht unmittelbar getroffenen Fällen die nicht leicht zu verkennende Analogie zu einer richtigen Entscheidung führen wird.

Digitized by Google

Der Fruchterwerb des obligatorisch Berechtigten ist auf einen dinglichen Vertrag zurückzuführen. Bei der Uebergabe braucht die Vertragserklärung des Veräußerers, welche zugleich dem Erwerber die Ergreifung der Inhabung gestattet, nicht mit dieser Ergreifung selbst zeitlich zusammenzufallen. Es kann sich vielmehr eine Zwischenzeit einschalten, in welcher die Erklärung des Veräußerers, freilich in widerruflicher Weise, fortbesteht. Der Vertrag wird alsdann perfekt mit der Besitzergreifung des anderen Theiles. Dabei ist nicht erforderlich, daß zur Zeit der Erklärung des Veräußerers die zu tradirende Sache schon eine selbständige Existenz hat. Auch bezüglich noch ungetrennter Bestandtheile einer Sache kann eine solche Erklärung und Gestattung geschehen. Der Umfang der Sachen, an denen nach § 901 Abs. 1 Eigenthum erworben wird, wird deshalb nicht durch den gesetzlichen Fruchtbegriff begrenzt, sondern ergiebt sich aus der Willenserklärung. Es ist ferner nicht nöthig, daß zur Zeit der Erklärung der Veräußerer schon Eigenthümer der zu tradirenden Bestandtheile ist; nur darauf kommt es an, daß in dem Augenblicke der Besitzergreifung alle rechtsgeschäftlichen Erfordernisse erfüllt sind, deren Erfüllung zur Perfektion des Vertrages nothwendig ist. Der § 901 Abs. 1 spricht eine Konsequenz dieser allgemeinen Grundsätze für den Fall aus, daß der Eigenthümer die auf Veräußerung und Gestattung der Ergreifung des Besitzes gerichtete Vertragserklärung in Ansehung noch ungetrennter Bestandtheile seiner Sache abgegeben hat. Der § 902 läßt dasselbe gelten, wenn die betreffenden Erklärungen zwar nicht von dem Eigenthümer aber doch von einer Person abgegeben sind, welche das Eigenthum der Bestandtheile mit deren Trennung erwirbt. Die Anwendung der Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben bleibt unberührt.

Traditionsofferte.

Der zweite Absatz des § 901 in Verbindung mit § 902 geht von der weiteren Voraussetzung aus, daß derjenige, welcher durch die Trennung die Bestandtheile erwerben würde, demjenigen, welchem er die ungetrennten Bestandtheile tradiren will, die Inhabung der ganzen Sache eingeräumt hat. Durch eine solche Einräumung der Inhabung der ganzen Sache sind nicht die noch ungetrennten Bestandtheile der Sache als in und mit derselben schon jetzt tradirt anzusehen; denn erst mit der Trennung kann der Besitz und das Recht an denselben beginnen. Für den dinglichen Vertrag wird durch dispositiven Rechtssatz die Besonderheit bestimmt, daß die Ueberlassung der Inhabung der fruchttragenden Sache als eine Vertragsofferte zu behandeln ist, welche weder ausdrücklich noch durch eine gegenüber dem anderen Theile abzugebende Willenserklärung angenommen werden muß, sondern auch durch eine stillschweigende nicht dem anderen Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung angenommen werden kann (§ 86 Abs. 1, § 74 Abs. 1). Es wird sodann die weitere Maßgabe hinzugefügt, daß schon die Fortsetzung der Inhabung zur Zeit der Trennung als stillschweigende Annahme zu gelten hat. Endlich wird bestimmt, daß der Widerruf der Vertragsofferte als ausgeschlossen zu gelten hat (vergl. § 86 Abs. 3), so lange die Verpflichtung des Eigenthümers zur Gestattung der Fruchtziehung besteht. Diese sachlich bindende Vertragsofferte wird bei der Pacht ihre Wirksamkeit auch nicht dadurch verlieren, daß der Eigenthümer inzwischen die fruchttragende Sache veräußert,

weil die Verpflichtung des Veräußerers auf den Erwerber in dem in §§ 509 bis 512 (vergl. § 532) bestimmten Umfange übergeht, damit aber auch der bestehende Vertragsantrag seine Kraft behält, so weit die Verpflichtung des Erwerbers reicht.

Die Klarlegung, daß diese Resultate im Vertragswege herbeigeführt und insoweit für den obligatorisch zur Fruchtziehung Berechtigten einige Sicherheit geschaffen werden kann, ist von besonderer Wichtigkeit um deswillen, weil der Entwurf eine Verdinglichung des Pacht- und Miethrechtes durch Uebergabe der Sache oder durch Eintragung dieser Rechte in das Grundbuch nicht kennt.

V. Zueignung.

§ 903.

Grundsatz.

1. Der Ausdruck „Zueignung" entspricht dem Sprachgebrauche der Reichsgesetze[1]). Die Zueignung der Grundstücke ist in § 872 geregelt und bleibt hier außer Betracht.

Die meisten Gesetzgebungen gehen im Anschlusse an das röm. Recht von dem Grundsatze aus, daß die Zueignung herrenloser beweglicher Sachen insoweit erlaubt und wirksam sei, als ihre Wirksamkeit nicht ausgeschlossen ist. Nur der code civil steht anscheinend auf einem entgegengesetzten Standpunkte[2]). Der Entwurf geht von der Zueignungsfreiheit aus.

Voraussetzungen der Zueignung

2. Voraussetzung der Rechtsnorm des § 903 Abs. 1 ist die Herrenlosigkeit der beweglichen Sache und die Erwerbung des Besitzes derselben. Zwischen bisher herrenlos gewesenen und herrenlos gewordenen Sachen wird nicht unterschieden[3]). Auf das Erforderniß der Besitzerwerbung finden die allgemeinen Vorschriften über Besitzerwerbung, soweit sie auf den vorliegenden Fall passen, Anwendung. Eine Hinderung an der Zueignung kann als eine das Recht der persönlichen Freiheit verletzende Handlung erscheinen, es liegt indessen kein Grund vor, mit dem preuß. Rechte[4]) einer solchen Hinderung einen Einfluß auf die Wirksamkeit einer durch sie ermöglichten Zueignung einer anderen Person beizulegen. Ein besonders an den Tag gelegter Eigenthumserwerbungswille wird nicht verlangt; die irrige Meinung des Zueignenden, die Sache sei nicht herrenlos, schließt die Wirksamkeit der Zueignung nicht aus, weil sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Erwerbung nicht berührt.

Verbot der Zueignung

3. Die Vorschrift des zweiten Absatzes weist auf Ausnahmen von der Rechtsnorm hin, welche aus anderweiten Rechtsvorschriften sich ergeben. Die gesetzlichen Verbote können hier nicht im Einzelnen aufgezählt werden. Sie

---

[1]) Str. G. B. §§ 242, 246, 249 ꝛc.; vergl. auch sächs. G. B. § 231, österr. G. B. § 381.

[2]) Code civil Art. 539, 713; vergl. jedoch Zachariä I § 174 Note *).

[3]) Sächs. G. B. § 228, zür. G. B. § 487; vergl. preuß. A. L. R. I, 9 §§ 7 ff., §§ 14 ff.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 11—13.

können sich in der Reichsgesetzgebung[1]) oder in der Landesgesetzgebung[2]) finden und eine Strafbestimmung enthalten oder der Strafbestimmung entbehren. Die Unwirksamkeit der verbotenen Zueignung beruht auf demselben Grunde, auf welchem die Unwirksamkeit eines verbotenen Rechtsgeschäftes (§ 105) beruht. Der Zueignung, welche im öffentlichen Interesse verboten ist, steht die Zueignung, welche ein privates Zueignungsrecht verletzt, gleich. Daß im Falle der unerlaubten Zueignung die Sache einen Besitzer und Inhaber erhält, ohne Gegenstand des Eigenthumes zu werden, ist kein innerer Widerspruch. Eine Vorschrift dahin, daß in dem Falle der Zueignung unter Verletzung eines Zueignungsrechtes der erfolgende Eigenthumserwerb kraft Gesetzes von der Person des unbefugten Okkupanten auf die Person des Zueignungsbefugten abgelenkt werde[3]), würde das gewichtige Bedenken gegen sich haben, daß im Widerspruche mit den in Deutschland hergebrachten Rechtsanschauungen[4]) die strafrechtlichen zum Schutze des Eigenthumes dienenden Vorschriften gegen den unbefugten Okkupanten, welcher die Sache sich aneignet, Anwendung finden würden.

Beuterecht. 4. Privatrechtliche Vorschriften über das Beuterecht im Kriege sind in den Entwurf nicht aufgenommen. Zu einer vollständigen Regelung des im Kriege geltenden Beuterechtes, zu welchem auch die Berücksichtigung des Prisenrechtes im Seekriege (vergl. preuß. Prisenreglement v. 20 Juni 1864, G. S. S. 169, und Allerh. Erlaß v. 19. Mai 1866, G. S. S. 238) gehören würde, ist ohne Zweifel das bürgerliche Gesetzbuch nicht der geeignete Ort.

Natur der Zueignung. 5. Die Frage, ob die Okkupation ein Rechtsgeschäft sei, wird vom Entwurfe offen gelassen.

§ 904.

Dereliktion. Es entspricht allen im Reiche geltenden Rechten, daß zu der Dereliktion einer beweglichen Sache eine auf das Aufgeben des Eigenthumes gerichtete Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers gehört, und daß der Dereliktionswille in einer thatsächlichen Lossagung von der Sache sich geäußert haben muß[5]). Der Entwurf schließt sich dem an.

Das Aufgeben des Besitzes enthält nicht mit Nothwendigkeit eine Dereliktion des Eigenthumes. Die Dereliktion des Eigenthumes hat weitergehende Wirkungen und ist deshalb auch an weitergehende Voraussetzungen zu

---

[1]) Vergl. St. G. B. § 368 Ziff. 11.

[2]) Ueber das Bernsteinregal vergl. preuß. Ges. v. 22. Febr. 1867 Art. 4, westpreuß. Prov. R. § 73, Ges. v. 4. Aug. 1865, Klostermann, Lehrb. des Bergrechts S. 62 ff. Ueber das Perlenfischereiregal vergl. bayr. Wasserbenutzungsges. von 1852 Art. 46 Nr. 2 und Haubold, Lehrb. des sächs. Pr. R. § 230.

[3]) Vergl. Stobbe, D. Priv. R. § 149 Note 54.

[4]) Entsch. des R. G. in Str. S. Bd. 5 Nr. 97 S. 281; vergl. Stobbe, D. Priv. R. § 149 Note 54.

[5]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 16; bayr. L. R. VI, 3 § 5; sächs. G. B. § 293; Zachariä I § 260 Note 4; bayr. Entw. III Art. 147; vergl. auch österr. G. B. § 386, hess. Entw. II, 1 Art. 27.

knüpfen. Die Willenserklärung, das Eigenthum aufzugeben, enthält zwar mit Nothwendigkeit die Erklärung des Aufgebens des Besitzes, aber dieser Satz läßt sich nicht umkehren. Man kann wohl den Besitz nuda voluntate endigen lassen und diese Beendigung von der Endigung des Besitzes durch Aufhebung der thatsächlichen Gewalt scharf unterscheiden, aber bei dem Aufgeben des Eigenthumes ist zu verlangen, daß der Wille in dem Akte des Aufgebens der thatsächlichen Gewalt sich manifestirt.

Die Vorschrift des Entwurfes über die Dereliktion beweglicher Sachen stimmt mit der Vorschrift des § 872 Abs. 1 über die Dereliktion der Grundstücke überein, nur daß an die Stelle der Eintragung der vor dem Grundbuchamte abgegebenen Aufgebungserklärung in das Grundbuch die Aufgebung der Inhabung tritt. Der im Falle der Uebergabe seitens des Tradenten erklärte Verzicht auf den Besitz ist wesentlich verschieden von der Verzichterklärung des Derelinquenten; da indessen die Gefahr einer Verkennung des Unterschiedes insbesondere im Falle der Dereliktion des Antheiles eines Miteigenthümers nicht fern liegt, so scheidet der Entwurf ausdrücklich alle Fälle aus, in denen der bisherige Eigenthümer die Inhabung der Sache einer anderen Person einräumen und nicht die Sache als eine herrenlose dem allgemeinen Zugriffe preisgeben will. Ob die Dereliktion ein Rechtsgeschäft sei, wird im Entwurfe nicht entschieden.

§ 905.

Herrenlose Thiere.

1. Die Voraussetzung der in § 905 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Rechtsnorm besteht in einem thatsächlichen Zustande gewisser Sachen, nämlich darin, daß wilde Thiere sich in der natürlichen Freiheit befinden. Der Begriff des wilden Thieres im Gegensatz zum zahmen, nicht zum gezähmten Thiere, wird als feststehend vorausgesetzt. Zoologische Gattungsmerkmale entscheiden nicht. Dieselbe Gattung kann je nach der Gegend blos in zahmen oder blos in wilden oder sowohl in wilden als in zahmen Exemplaren vorkommen.

Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß an den bezeichneten Zustand die Rechtsfolge der Herrenlosigkeit des wilden Thieres geknüpft wird. Damit werden zwar die Grundsätze über die Eigenthumserwerbung nicht geändert, aber eine neue Art des Verlustes wird für den Fall eingeführt, daß ein gefangenes wildes Thier die natürliche Freiheit wiedererlangt (§ 905 Abs. 2). Der Entwurf stimmt mit dem geltenden Rechte überein[1]).

2. Der Gegensatz des Zustandes der natürlichen Freiheit ist der Zustand des Gefangenseins. In Ansehung dieses letzteren Zustandes enthält der § 905 in Abs. 1 Satz 2 und in Abs. 3 zwei erläuternde Vorschriften.

a) In der ersteren Vorschrift wird einem Mißverständnisse, welches das Gefangenhalten zu eng auffaßt, vorgebeugt. Das Gefängniß kann ein engeres

---

[1]) Windscheid I § 165 Note 5; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 107, 108; sächs. G. B. §§ 229, 289; österr. G. B. § 384; bayr. Entw. III Art. 27, 147. Vergl. code civil Art. 714, 715 und Zachariä I § 174 Note 1.

oder ein weiteres, also auch ein eingehegtes Grundstück oder ein abgeschlossenes Gewässer sein[1]).

Consuetudo revertendi.

b) Die natürliche Freiheit ist auch dann schon als aufgehoben anzusehen, wenn keinerlei äußere Anstalt die Bewegungsfreiheit des Thieres beschränkt, das Thier aber so abgerichtet (gezähmt) werden konnte, daß es an den ihm bestimmten Ort zurückkehrt. Der letzte Absatz bestimmt, daß erst mit Lösung dieses Bandes der Gewohnheit der Rückfall in die Herrenlosigkeit eintritt. Das freie Umherschweifen ist hiernach nicht immer natürliche Freiheit[2]).

Bienen.

§§ 906—909.

Vorbemerkung.

1. Die besonderen Eigenschaften mancher zahmen oder gezähmten Thierarten führen zu polizeilichen Vorschriften über die Haltung derartiger Thiere. Seltener sind Vorschriften, welche Vorkommnisse bei der Haltung gewisser Thiere zur Voraussetzung zivilrechtlicher, den Erwerb und den Verlust des Eigenthumes betreffender Rechtsfolgen machen. Nur in Ansehung der Haltung von Bienen erscheint die Aufnahme derartiger Vorschriften erforderlich. Bei Tauben kommt die Bestimmung vor, daß dieselben Gegenstand des freien Fanges sind, nicht blos, wenn dieselben im Zustande natürlicher Freiheit sich befinden, sondern auch, wenn sie von Jemand gehalten werden, der dazu nicht berechtigt ist[3]). Dieser partikulären Vorschrift allgemeine Geltung zu verschaffen, erscheint nicht genügend gerechtfertigt. Welche Folgen an eine Uebertretung der beschränkenden Vorschriften zu knüpfen sind, ob insbesondere die Folge des preuß. Rechtes, bleibt besser der Entscheidung durch die partikuläre Gesetzgebung überlassen. Das Einführungsgesetz wird den erforderlichen Vorbehalt für die Landesgesetze enthalten.

In Ansehung des Bienenrechtes ist von verschiedenen Seiten eine für das ganze Reich Geltung habende Neuordnung angeregt[4]). Der Entwurf beschränkt sich auf die Bestimmung solcher Besonderheiten, welche den Erwerb

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 176 ff.; sächs. G. B. § 229 Satz 2.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 169 ff.; bayr. Entw. III Art. 27, 148; hess. Entw. IV, 1 Art. 27. Vergl. österr. G. B. § 384.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 111; preuß. Feldpolizeiordn. v. 1. November 1847 § 40 (trotz der Nichtaufnahme in das Gesetz v. 1. April 1880 noch in Geltung).

[4]) Hierher gehört insbesondere der von dem Wandervereine deutscher und österreichischer Bienenwirthe aufgestellte Entw. eines Ges. den Schutz der Bienenzucht und die einschlagenden Rechtsverhältnisse betr.; vergl. ferner: gedruckte Verhandlungen des Königl. preuß. Oekonomie-Kollegiums vom 13.—15. Januar 1881 S. 12 ff., 152 ff.; Bienenwirthschaftl. Zentralbl. Jahrg. 1881 Nr. 6 u. Nr. 11, 1882 Nr. 1. Berücksichtigt ist auch der von dem ständigen Präsidenten des Wandervereines W Vogel zu Lehmannshöfel unter dem 6. Dezember 1882 dem Reichskanzler eingereichte Entw. eines Ges. zum Schutze der Bienenzucht und der von den Reichstagsabgeordneten Dr. Porsch und Edler dem Reichstage II. Session 1882 vorgelegte Entw. eines Ges., betr. das Recht zum Bienenhalten.

und Verlust des Eigenthumes von Bienenschwärmen betreffen und überläßt das Weitere der polizeilichen Regelung dieser Art der Thierhaltung.

Auszug eines Bienenschwarmes.

2. Die Bienen gehören zu den wilden aber zähmbaren Thieren. Der Eigenthumsverlust in Folge Rückerlangung der natürlichen Freiheit bestimmt sich also nach § 905 Abs. 2, 3. Die Bienenschwärme fliegen frei umher. Das Band, welches dieselben in der Inhabung und unter der Herrschaft des Eigenthümers erhält, ist die Gewöhnung an eine bestimmte Bienenwohnung. Diese Gewöhnung wird nicht durch allmähliche Verwilderung abgelegt, sondern es liegt in der Natur der Bienen, daß periodisch in Folge der im Stocke erfolgten Aufzucht junger Brut ein Bienenhaufe den plötzlichen Entschluß der Auswanderung behufs Begründung einer neuen Kolonie faßt und auszieht. Der ausziehende Bienenhaufe hat die consuetudo revertendi abgelegt. Die Frage bleibt, in welchem Augenblicke diese Ablegung der Rückkehrgewohnheit zur Aufhebung des Eigenthumes führe. Mit dem Beginne des Ausziehens ist die thatsächliche Gewalt des Eigenthümers noch nicht aufgehoben und bis zu der Entziehung dieser Gewalt bleibt selbstverständlich das Eigenthum bestehen. Bezüglich des Zeitpunktes der definitiven Aufhebung der Inhabung und des Besitzes könnte man vielleicht auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung zu dem in § 906 bestimmten Resultate gelangen. Der vorliegende Fall hat eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Falle der Nacheile (§ 815 Abs. 2). So lange die Verfolgung dauert, ist Besitz und Inhabung und damit das Eigenthum noch nicht definitiv verloren[1]). In einigen Gesetzgebungen sind Fristen für das Einfangen gesetzt, nach deren Ablauf erst die Herrenlosigkeit eintritt[2]); doch hat man sich bei dem neuerdings in Ansehung einer Neuordnung des Bienenrechtes von sachverständiger Seite gemachten Vorschlägen nicht für eine derartige Fristbestimmung ausgesprochen.

Verfolgung des Schwarmes.

3. Die Vorschriften des § 907 beziehen sich auf den besonderen Fall der Anwendbarkeit des § 867, wenn die von einem fremden Grundstücke abzuholende Sache ein Bienenschwarm ist, und erweitern die Befugnisse des verfolgenden Eigenthümers insoweit, als durch die Sachlage geboten ist, wenn der Zweck des Einfangens erreicht werden soll[3]). Die Natur des hier bestimmten Rechtes ist dieselbe, wie die Natur des in § 867 bestimmten Rechtes. Ein Vorgehen des Verfolgenden im Wege der Selbsthülfe ist nur insoweit erlaubt, als die in § 189 bestimmten Voraussetzungen zutreffen.

Vermischung von Bienenschwärmen.

4. Die Vorschrift des § 908 betrifft einen besonderen Fall der Anwendbarkeit des § 892. Die hinzugefügte Besonderheit besteht darin, daß die Antheile der verschiedenen Eigenthümer an dem eingefangenen Gesammtschwarme, welcher sich möglicherweise durch einen herrenlosen Schwarm vergrößert haben kann, nach der Zahl der verfolgten Schwärme und nicht nach dem Werth-

---

[1]) L. 5 § 4 D. de acqu. rer. dom. 41, 1; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 121—124.

[2]) Sächs. G. B. § 230; österr. G. B. § 384; zür. G. B. § 253; bayr. Entw. III Art. 27.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 9 §§ 122, 123; sächs. G. B. § 230; österr. G. B. § 384; bayr. Entw. III Art. 27

verhältniſſe dieſer Schwärme ſich beſtimmen ſollen. Eine ſolche durchgreifende Entſcheidung erledigt in ſachgemäßer Weiſe eine ſonſt ſchwer zu löſende Beweisfrage.

Einzug eines Bienenſchwarmes in einen fremden Stock.

5. Die Vorſchriften des § 909 modifiziren die Beſtimmungen über die Folgen einer Vermiſchung verſchiedener Schwärme zu Ungunſten des Eigenthümers eines ſog. Noth-, Hunger- oder Bettelſchwarmes, welcher in eine fremde beſetzte Bienenwohnung eingezogen iſt. Nach ſachverſtändiger Darſtellung zieht zuweilen, beſonders im Frühjahre oder Herbſt, aus Mangel an Nahrung das geſammte Volk aus, wirft ſich auf andere Stöcke, verurſacht ein gegenſeitiges Abſtechen und bringt dadurch Schaden. Hier iſt das Ausziehen Folge nachläſſig betriebener Zucht; ſolche Völker bilden keine Schwärme im techniſchen Sinne, man nennt ſie Bettel- und Hungerſchwärme. Sie ſollen nach den Vorſchlägen der Bienenwirthe als herrenlos gelten. Es iſt aber nicht über das Herrenloswerden ſolcher Schwärme eine beſondere Beſtimmung nöthig, ſondern nur über die vermöge einer Art von commixtio erfolgende Eigenthumserwerbung, wenn der Schwarm mit einem fremden Schwarme durch Einziehen in deſſen Wohnung ſich vermiſcht. Mit Rückſicht auf die der Regel nach durch Vernachläſſigung des bisherigen Eigenthümers des Bettelſchwarmes gegebene Urſache des Ausziehens und der Vermiſchung erledigt der Entwurf jeden möglichen Streit durch die durchgreifende Beſtimmung, daß der Geſammtſchwarm nach allen Richtungen unter das rechtliche Verhältniß des in der Wohnung bereits früher vorhandenen Schwarmes tritt und daß in Abweichung von der Vorſchrift des § 897 ein Bereicherungsanſpruch des verlierenden bisherigen Eigenthümers des Bettelſchwarmes ausgeſchloſſen iſt.

VI. Gefundene Sachen.

Vorbemerkungen.

Stellung im Syſteme.

Die Eigenthumserwerbung an Fund und Schatz wird in der gemeinrechtlichen Doktrin bei der Zueignung behandelt. Die modernen Geſetzgebungen behandeln dieſelbe entweder als eine Art der Zueignung[1]) oder doch als beſondere der Zueignung verwandte Erwerbungsart[2]). Wegen der obwaltenden Unterſchiede zwiſchen beiden Erwerbungsarten, Zueignung einerſeits und Fund und Schatzentdeckung andererſeits, erſcheint eine geſonderte Behandlung geboten. Streng genommen gehören in das Sachenrecht nur Beſtimmungen über die Vorausſetzungen, an welche das Erlöſchen des bisherigen Eigenthumes und das neue Rechtsſchickſal der Sache geknüpft wird. Aber unter den Vorausſetzungen einer dem Finder günſtigen Entſcheidung befindet ſich die ordnungsmäßige Erfüllung des Schuldverhältniſſes, welches dadurch, daß der Finder die Sache in ſeine Inhabung nimmt, zwiſchen ihm und dem Verlierer bezw. Eigenthümer ſich knüpft. Dieſes Schuldverhältniß muß deshalb auch an dieſer Stelle behandelt werden.

---

[1]) Bayr. L. R. II, 3 § 5; ſächſ. G. B. §§ 233 ff.; öſterr. G. B. § 392; heſſ. Entw. II, 3 Art. 25.

[2]) Preuß. A. L. R. im 2. und 3. Abſchn. des Titels I, 9 über die Eigenthumserwerbung; code civil Art. 717; bayr. Entw. III Art. 118 ff.

Geltendes Recht.

Die Römer haben eigene Grundsätze über die zivilrechtliche Behandlung des Fundes nicht entwickelt und daher die Frage fast ganz der thatsächlichen Erledigung, besonders durch Zeitablauf, überlassen. Die modernen Gesetzgebungen [1]) kommen darin überein, daß die Pflicht des Finders, um die Ermittelung des Verlierers sich zu bemühen, verschärft und dem Finder bei Erfüllung dieser Pflicht obrigkeitliche Unterstützung gewährt wird, daß aber andererseits, wenn die gebotenen Nachforschungen erfolglos geblieben sind, von dem Gesetze über das Eigenthum der Sache verfügt wird.

Anzeigepflicht des Finders. Bekanntmachung der Polizeibehörde.

§ 910.

Begriff des Findens.

1. Der Entwurf definirt den Finder als denjenigen, welcher eine verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache findet und in seine Inhabung nimmt. Von „verlorenen" Sachen wird nicht selten in einem Sinne gesprochen, welcher für die Vorschriften über den Fund zu eng ist. Die Miterwähnung der „sonst abhanden gekommenen" Sachen soll dazu dienen, das Gebiet der Anwendbarkeit der Vorschriften über die gefundenen Sachen vor einer zu engen Begrenzung zu bewahren und die Doktrin und Praxis zu befähigen, den Begriff des Findens im Einzelnen näher festzustellen.

Schuldverhältniß.

2. Der Entwurf beschäftigt sich zunächst mit dem Schuldverhältnisse, in welches der Finder durch seine Handlung, die wissentliche Ergreifung der Inhabung einer fremden beweglichen Sache, eintritt. Wenn das Gesetz schwiege, so würden Zweifel und Lücken sich ergeben. Die Vorschriften des Entwurfes über die Vindikation betreffen das Schuldverhältniß zwischen dem Eigenthümer

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 19—73, preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 24. März 1879 § 23 und ministerielles Reglement v. 21. April 1882; bad. L. R. Satz 717a; sächs. G. B. §§ 239—243; bayr. L. R. II, 3 § 5, bayr. Verordn. v. 22. November 1815 (R. B. S. 1002); braunschw. Verordn. v. 15. April 1824; coburg. Ges. v. 29. Mai 1834; brem. Ges. über Anmeldung und Erwerbung gefundener Sachen v. 7. Februar 1873; anhalt. Ges. über das Aufgebotsverfahren v. 10. Mai 1879 § 18; ital. G. B. Art. 715—718; österr. G. B. §§ 388—394; zür. G. B. §§ 626—630; hess. Entw. II, 3 Art. 31, bayr. Entw. III Art. 121—126. Auch in denjenigen Landestheilen, für welche Gesetze über das Fundrecht nicht erlassen sind, hat sich gleichwohl der Gerichtsgebrauch im Wesentlichen dieselben Grundsätze angeeignet, wie dies näher nachgewiesen ist für die sächsisch-thüringischen Länder von Heimbach, Lehrbuch des partikul. Priv. R. I § 182, für Württemberg von Reyscher, württemb. Priv. R. § 288 Anm. 9, für Hannover von Dröge, Magazin für hann. R. VI S. 42, und für Kurhessen in dem Erk. des O. A. G. zu Kassel v. 27. Mai 1864 (Archiv für prakt. Rechtswissenschaft n. F. III S. 59 ff. und Seuffert's Archiv 21, 15). Die im code civil Art. 717 in Bezug genommenen besonderen Gesetze sind nicht erlassen. Die Praxis läßt den Finder auf Grund des Art. 2279 nach drei Jahren als titulirten Besitzer gelten (vergl. Zachariä I § 215a Note 10). Eine Analogie besteht zwischen den Gesetzen über den Fund und den Vorschriften der Reichsstrandungs O. v. 17. Mai 1874 über die Bergung von Seeauswurf, von strand- oder seetriftigen und von versunkenen Gegenständen.

und dem Besitzer oder dem Vertreter des Besitzers in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt, sind mithin auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Ueber die Haftung desjenigen Inhabers, welcher für den ihm bekannten oder vielleicht auch unbekannten Eigenthümer die thatsächliche Gewalt ausübt, sollte in den §§ 929—933 nichts bestimmt werden. Die Haftung eines solchen Inhabers bestimmt sich nach den Vorschriften über die Deliktshaftung und die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung, vornehmlich aber nach den Vorschriften über die vertragsmäßig begründeten oder unmittelbar kraft Gesetzes entstehenden Obligationen, deren Gegenstand die Herausgabe einer fremden Sache ist.

Für den vorliegenden Fall wirft sich die Frage auf, ob das Finden die Besorgung eines fremden Geschäftes ist und ob demgemäß in einem jeden Falle des Findens die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag von selbst Anwendung finden. Diese Frage wird in der Wissenschaft vielfach bejaht. Der Entwurf geht davon aus, daß das Finden den Vorschriften über Geschäftsführung durch eine positive Bestimmung weder zu unterstellen noch zu entrücken sei, daß es aber auch überflüssig und wenig angemessen erscheine, die Frage, ob das Finden in sich alle Voraussetzungen trage, welche die Anwendung der Vorschriften über die negotiorum gestio bedingen, durch eine Vorschrift lediglich erklärender Natur zu entscheiden. Am einfachsten und angemessensten ist es, unter Nichtentscheidung dieser Frage, die Pflichten und Rechte des Finders im Einzelnen näher zu bestimmen und hierdurch für die Regel ein Zurückgehen auf die Vorschriften über negotiorum gestio, deren Anwendung mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden ist, zu ersparen. Indem die prinzipielle Vorschrift vermieden wird, bedarf es auch der Erledigung der schwierigen Frage nicht, ob der Finder als negotiorum gestor des Verlierers oder des Eigenthümers oder auch noch anderer an der Sache Berechtigter oder aller dieser Personen anzusehen ist. Die Frage der Gläubigerschaft in Ansehung der dem Finder obliegenden Verpflichtungen wird im Allgemeinen vom Entwurfe offen gelassen. Die Vorschrift des § 910 Abs. 1, daß der Finder den ihm bekannten Verlierer oder den ihm bekannten Eigenthümer zu benachrichtigen habe, bezeichnet diese Personen nicht als unbedingt zur Abforderung der Sache berechtigt, sondern betrifft den Inhalt der Benachrichtigungspflicht. Die von dem Entwurfe offen gelassene Frage wird von der Doktrin und Praxis unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Vindikation unschwer beantwortet werden können. Die Vorschriften über den Fund bezwecken, die Sache in die Hand desjenigen zurückzubringen, welcher zur Inhabung derselben berechtigt ist. Die Empfangsberechtigung wird sich somit nach den Vorschriften über die Vindikation, und zwar auch über die Vindikation des Pfand- und Nießbrauchsberechtigten, beurtheilen, und es wird nichts entgegenstehen, unter analoger Heranziehung der Vorschrift des § 825, die Verlustthatsache als genügenden Beweis des Rechtes an der Sache anzusehen. Von der Frage, was zur Legitimation des Empfangsberechtigten erforderlich ist, muß die Frage unterschieden werden, welche Legitimation der Finder sich genügen lassen darf. Diese Frage tritt auch im Falle der Vindikation ein. Man wird von dem Finder Sorgfalt in Prüfung der Legitimation verlangen, jedoch die Restitution an den Verlierer, auch wenn

dieſer nur obligatoriſch berechtigter Inhaber oder Inhaber ohne eigenes rechtliches Intereſſe geweſen ſein ſollte, ſofern er nur nicht unredlicher Inhaber oder Beſitzer war, dem Finder, welcher von dieſen Umſtänden Kenntniß hatte, nicht zum Vorwurfe machen können.

3. Der § 910 legt dem Finder bezw. der Polizeibehörde gewiſſe Pflichten auf, damit die Perſon des Empfangsberechtigten ermittelt werde und Kunde erhalte.

Benachrichtigung des Empfangsberechtigten durch den Finder.

a) Dem Finder werden eigene Nachforſchungen nach der Perſon des Empfangsberechtigten nicht zur Pflicht gemacht. Wenn derſelbe indeſſen von Thatſachen Kunde hat, welche auf eine beſtimmte Perſon als Empfangsberechtigten hinweiſen, ſo ſoll er dieſer Perſon Kenntniß geben. Es iſt möglich, daß die Wiſſenſchaft des Finders auf die Perſon des Verlierers oder daß ſie auf die Perſon des Berechtigten ſich bezieht oder endlich daß ſie in beiden Richtungen beſteht. Im letzteren Falle läßt der Entwurf aus praktiſchen Rückſichten die Benachrichtigung der einen oder der anderen Perſon durch den Finder genügen.

Bekanntmachung des Fundes durch die Polizeibehörde.

b) Die Nachforſchung nach der Perſon des Empfangsberechtigten durch öffentliche Bekanntmachung wird von dem Entwurfe für eine Obliegenheit der Polizeibehörde des Fundortes erklärt. Gerade dieſe Behörde iſt die allein geeignete, und folglich iſt kein Grund vorhanden, für die landesgeſetzliche Beſtimmung einer anderen zuſtändigen Behörde Raum zu laſſen. Ueber die Bekanntmachung des Fundes hinausgehende Ermittelungen können der Polizeibehörde durch das bürgerliche Geſetzbuch nicht wohl allgemein zur Pflicht gemacht werden. Die Beſtimmungen über das ſonſtige Verfahren der Polizeibehörde fallen ausſchließlich in den Bereich des öffentlichen Rechtes und ſind daher der landesgeſetzlichen Regelung überlaſſen. Insbeſondere hat über die Art der Bekanntmachung die Polizeibehörde nach den für ſie maßgebenden Vorſchriften zu entſcheiden. Ein Verſtoß gegen dieſe Vorſchriften kann möglicher Weiſe den betreffenden Beamten haftbar machen, bleibt aber auf die Rechte des Finders ohne Einfluß.

Anzeigepflicht des Finders.

c) Damit die Polizeibehörde überhaupt thätig werden könne, muß ſie die Anregung vom Finder empfangen. Auf die Anzeige bei der Polizeibehörde beſchränkt der Entwurf die Pflicht des Finders bei Ermittelung des unbekannten Empfangsberechtigten, beſtimmt aber dieſe Anzeigepflicht mit dem preuß., anhalt. und brem. Rechte für jeden Fall und macht nur, wie auch andere Geſetzgebungen thun, bei Sachen ſehr geringen Werthes eine Ausnahme (§ 921). Die Anzeige des Finders muß, entſprechend ihrem Zwecke, auf die dem Finder bekannten für die Ermittelung des Empfangsberechtigten erheblichen Umſtände ſich beziehen. Sie muß unverzüglich erfolgen, weil es auf die Beſchleunigung des Verfahrens im Intereſſe der Ermittelung des Empfangsberechtigten ankommt und jeder Aufſchub Zweifel an der Redlichkeit des Finders erregt. Dagegen läßt der Entwurf die Wahl der mit der Anzeige zu befaſſenden Polizeibehörde dem Finder frei, da eine Beſchränkung auf die Polizeibehörde des Fundortes zu unnöthigen Beläſtigungen des Finders führen würde. Die weitere Mittheilung an die für die Bekanntmachung zuſtändige Behörde bleibt dienſtliche Pflicht der vom Finder benachrichtigten Behörde.

Weitere Behandlung des Fundes.

§§ 911—913.

a) Erhaltungspflicht des Finders.

1. Da der Entwurf keine Bestimmung enthält, welche die Vorschriften über die Geschäftsführung auf den Fund anwendet, so ist eine Vorschrift nöthig, welche den Finder zu den für die Erhaltung und Verwahrung der Sache erforderlichen Maßnahmen verpflichtet; denn eine solche Verpflichtung wird durch die Natur des Verhältnisses erfordert (§ 911 Abs. 1). Die ähnliche Verpflichtung der Polizei, wenn in deren Händen die Sache sich befindet, ist wesentlich publizistischer Natur und deshalb in dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht auszusprechen.

b) Versteigerung des Fundes.

2. Die Konservirungspflicht geht über in eine Verpflichtung zur sofortigen Versilberung, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist, also nur auf dem Wege der Versilberung der Werth der Sache erhalten werden kann (§ 911 Abs. 2). Ueber die Mitwirkung der Behörde lauten die Vorschriften des geltenden Rechtes verschieden[1]). Der Entwurf erachtet keine weitere Beschränkung des Finders und keine weitere Mitwirkung der Polizei für erforderlich, als daß der letzteren vorgängige Anzeige von dem bevorstehenden Verkaufe gemacht und dadurch Gelegenheit zum Eingreifen gewährt wird. Die zu benachrichtigende Behörde braucht nicht gerade die Behörde des Fundortes zu sein, sondern kann auch eine andere Polizeibehörde sein, welche alsdann die erstere Behörde mit Nachricht zu versehen haben wird.

Die Art des Verkaufes ist ebenso geordnet, wie in dem Falle des Verkaufes wegen Verzuges in der Annahme (§ 278; vergl. auch § 1157). Unter den bezeichneten mit der Ausführung der Versteigerung zu betrauenden Personen darf der Finder diejenige wählen, welche er mit dem Verkaufe beauftragen will, da eine Beschränkung, z. B. auf die für den Fundort bestellten Personen, nicht durch das Bedürfniß gefordert und unzweckmäßig ist.

c) Surrogirung des Erlöses.

3. Der Erlös tritt nach allen Richtungen an die Stelle der verkauften Sache (§ 913). Daß derselbe in Geld besteht, rechtfertigt nicht die Bestimmung einer Besonderheit, insbesondere nicht eine Hinterlegungspflicht des Finders, weil auch bei gefundenem Gelde nichts Besonderes gilt.

d) Eigenthumserwerb des Erstehers.

4. Ueber den Eigenthumserwerb des Erstehers enthält der Entwurf keine besondere Vorschrift. Sollte auch die Anwendung der §§ 877—879 ausgeschlossen sein, weil das Sachverhältniß, mithin die Thatsache, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört, bekannt war, und kann auch der § 1180 nicht wohl zur analogen Anwendung gelangen, weil der Finder kein dingliches Verkaufsrecht hat, wie der Pfandgläubiger, so wird die Wirkung des Veräußerungsvertrages sich doch daraus ergeben, daß das Gesetz den Finder zur Veräußerung ermächtigt, und durch diese Ermächtigung eine Genehmigung des Eigenthümers und der Realberechtigten ersetzt.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 27—30, preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. § 23; österr. G. B. § 390. Vergl. bayr. Entw. III Art. 126, Strandungs O. § 18, Eisenb. Betr. Reglm. § 33 Abs. 2.

c) Ablieferung des Fundes an die Polizeibehörde.

5. Im geltenden Rechte wird eine allgemeine Pflicht des Finders, die Sache an die Behörde abzuliefern, und der Behörde, die Sache anzunehmen, nicht bestimmt[1]). Die Behörde würde durch eine solche Pflicht übermäßig belästigt und der Finder ohne genügenden Grund und möglicher Weise zu seinem Nachtheile beschränkt werden. Andererseits gehen neuere Gesetze und Entwürfe zu weit, wenn sie die Ablieferung der Sache an die Behörde ganz ausschließen, wie das preuß. und sächs. Recht, das zür. G. B. und der hess. Entw. Ein Recht zur Aufbewahrung der Sache hat der Finder nicht; es muß deshalb die Polizeibehörde im Interesse der öffentlichen Ordnung bezw. zum Schutze des Eigenthumes befugt sein, jederzeit die Ablieferung der Sache zu fordern. Wird diese Befugniß der Polizeibehörde bestimmt, so muß andererseits auch der Finder der Behörde gegenüber das Recht haben, die Abnahme der Sache zu fordern, deren sichere Verwahrung ihm vielleicht nicht möglich ist und deren polizeiliche Verwahrung auch dem Interesse des Eigenthümers am meisten entspricht (§ 912 Abs. 1). Diesen Rücksichten gegenüber kann die Befürchtung einer zu großen Belästigung der Behörde durch Ablieferung werthloser Sachen nicht in Betracht kommen. Als selbstverständlich nimmt der Entwurf an, daß nur die Polizeibehörde des Fundortes annahmepflichtig ist. Das Recht des Finders zur Ablieferung gilt auch dem Berechtigten gegenüber und wird deshalb die befreiende Wirkung der Ablieferung in § 912 Abs. 2 bestimmt. Dem eventuellen Rechte auf die Erwerbung des Eigenthumes läßt der Entwurf die freiwillige Ablieferung nicht präjudiziren, noch auch läßt er in einer solchen Ablieferung einen zu vermuthenden Verzicht finden. Die praktische Rücksicht, daß vielleicht auf diese Weise, wenn nach Eintritt der Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb der Finder der Behörde nicht erreichbar ist, auf's Neue eine Sache vorliegt, nach deren Eigenthümer gesucht werden muß und deren die Behörde sich nicht erledigen kann, findet durch § 927 die gebührende Berücksichtigung.

Ansprüche des Finders.

§§ 914—916.

Die §§ 914—916 handeln von den Gegenansprüchen des Finders gegen den Empfangsberechtigten.

a) Rechtliche Natur der Ansprüche.

1. Die rechtliche Natur dieser Gegenansprüche anlangend, so geht der Entwurf davon aus, daß nicht vollgültige Obligationen vorliegen, sondern das Rückforderungsrecht des Empfangsberechtigten nur zu Gunsten des Finders durch die Bewirkung gewisser Leistungen an den Finder, welche also nicht in obligatione, sondern in conditione sind, bedingt wird. Die Gegenansprüche des Finders unterscheiden sich mithin wesentlich von den Gegenansprüchen des negotiorum gestor (§ 753). Dieser Unterschied wird dadurch gerechtfertigt, daß es unbillig sein würde, wenn der Empfangsberechtigte die Sache einlösen oder vielleicht, nach Untergang der Sache, ohne Weiteres zahlen müßte. Das

[1]) Das braunschw. Fundges. und der bayr. Entw. verpflichten den Finder zur Ablieferung bei höherwerthigen bezw. schwierig aufzubewahrenden Sachen.

Zurückbehaltungsrecht des Finders mußte bestimmt werden (§ 915 Satz 1), weil bei dem Mangel einer vollgültigen Obligation die Anwendbarkeit der §§ 233—236 in Zweifel gezogen werden könnte. Die Gegenansprüche werden zu vollgültigen Obligationen, wenn der Empfangsberechtigte die Befriedigung derselben zusagt. In § 915 Satz 2, 3 werden Auslegungsregeln darüber gegeben, inwieweit in der Empfangnahme der mit angezeigten Gegenansprüchen belasteten Sache eine derartige Zusage liegt. Sollte die Anzeige der Gegenansprüche aus Irrthum unterbleiben oder die Sache durch Zufall der Inhabung des Finders entzogen und in die Hände des Empfangsberechtigten zurückgelangt sein, so ist der Anspruch des Finders auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung des Empfangsberechtigten nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Der Klarstellung wegen ist hier darauf hinzuweisen, daß der Entwurf in den Vorschriften über den Eigenthumsschutz den Gegenansprüchen des Besitzers und Inhabers eine andere rechtliche Natur beilegt als den Gegenansprüchen des Finders, indem die ersteren Gegenansprüche nach §§ 936 bis 938 selbständig geltend gemacht werden können und nur durch die bestimmte Bedingtheit und inhaltliche Beschränktheit dieser Ansprüche einer Beschwerung des klageberechtigten Eigenthümers oder sonstigen Berechtigten vorgebeugt wird. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit der Finder, wenn derselbe lediglich die Rechte als Inhaber einer fremden Sache für sich in Anspruch nimmt, wegen seiner Verwendungsansprüche die in den §§ 936 bis 938 dem verwendenden Inhaber beigelegten Rechte geltend machen, auf diesem Wege den Verkauf der dem Eigenthümer vergeblich angebotenen Fundsache herbeiführen und aus dem Erlöse sich befriedigen kann. Eine Disharmonie zwischen den Vorschriften über Fund und den Vorschriften über Vindikation findet jedenfalls nicht statt.

Liegen die Voraussetzungen einer eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag vor, so wird die Anwendung der Vorschriften über die Gegenansprüche des negotiorum gestor, insoweit sie für diesen ein günstigeres Resultat herbeiführen sollten, durch die hier gegebenen Vorschriften nicht ausgeschlossen.

b) Inhalt der Ansprüche.

2. Die Vorschriften des § 914 betreffen den Inhalt der Gegenansprüche des Finders.

Aufwendungen.

a) Insoweit der Finder zu einem mit Aufwendungen verbundenen Handeln durch das Gesetz verpflichtet wird, muß das Gesetz ihm auch einen Ersatz der pflichtmäßigen Aufwendungen in gleicher Weise zusprechen (§ 914 Nr. 1), wie dem Mandatar und Depositar ein Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zugesprochen wird (§§ 595, 621). Das subjektive Moment der vermuthlichen Billigung des Empfangsberechtigten, welches in § 753 zur Voraussetzung für die Gegenansprüche des negotiorum gestor gemacht wird, kommt nicht in Betracht, da der Finder bei seinen Maßnahmen einfach den gesetzlichen Weisungen zu folgen hat und nach den persönlichen Intentionen des Empfangsberechtigten weder forschen kann noch zu forschen braucht.

Fundlohn.

b) Der Anspruch auf Zahlung eines Fundlohnes würde einfach als Anspruch auf Impensenersatz zu behandeln sein, wenn man in dem Fundlohne nur die angemessene Vergütung der von dem Finder geleisteten Dienste finden wollte. Eine solche Vergütung würde, auch wenn das Gesetz schwiege, wie das

braunschw. Ges., das coburg. Ges. und der hess. Entw., dem Finder zuerkannt werden können. Das geltende Recht begnügt sich meistens hiermit nicht, läßt somit das Bedürfniß besonderer Bestimmungen über den Fundlohn erkennen. Das zür. G. B. bleibt nach seinen Motiven in der Auffassung des Fundlohnes als einer Vergütung für geleistete Dienste und bestimmt die Spezialität, daß der Richter auf Zahlung eines „billigen Finderlohnes" erkennen kann. Der bayr. Entw. stimmt hiermit überein. Die Auffassung des Fundlohnes als einer Vergütung für geleistete Dienste kann nicht wohl festgehalten werden, wenn dem Finder feste Prozente von dem nach Abzug der Kosten übrig bleibenden Werthe der Sache zugesprochen werden, im preuß., sächs., brem., österr. und ital. Rechte zehn Prozent, mit Herabminderung, wenn der zu Grunde zu legende Werth einen gewissen Betrag überschreitet, im anhalt. Gesetze $33^1/_3$ Prozent (nach Sachsenspiegel II, 37). Einer derartigen Normirung steht allerdings das Bedenken entgegen, daß ein materieller Rechtsgrund, welcher die Leistung eines solchen Fundlohnes rechtfertigt, nicht wohl zu finden ist. Dieses Bedenken kann indessen für entscheidend nicht erachtet werden. Für die Anerkennung des Anspruches des Finders auf einen prozentualen Fundlohn lassen sich erhebliche Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit anführen. Zweifel und Streitigkeiten werden abgeschnitten; der feste Satz ist dazu angethan, den Eifer in der Fürsorge für verlorenes fremdes Gut zu befördern und von der Unterschlagung abzuhalten. Ferner kommt in Betracht, daß der Anspruch auf einen festen Satz in dem größeren Theile des Reiches gesetzlich anerkannt ist und den Rechtsanschauungen des Volkes entspricht. Aus diesen Gründen hat sich der Entwurf § 914 Nr. 2 für den prozentualen Fundlohn entschieden. Bei Festsetzung der Prozente vermittelt der Entwurf unter den üblichen Sätzen. Für eine Ermäßigung bei verlaufenem Vieh[1]) liegt ein zureichender Grund nicht vor. Wenn die Sache keinen allgemeinen Werth hat, z. B. eine Hypothekenurkunde, ein Privatbrief oder dergl., bleibt nichts übrig, als mit dem sächs. Rechte die Abmessung des Fundlohnes dem richterlichen Ermessen zu überlassen (§ 914 Nr. 2 Satz 3).

Es ist nur konsequent, daß der Finder der Begünstigung des Gesetzes nur unter der Voraussetzung theilhaftig wird, daß er den Anforderungen desselben (§ 910 Abs. 1, 2) genügt hat. Hiernach wird der Anspruch auf Zahlung eines Fundlohnes in § 914 Nr. 2 Abs. 2 bedingt.

Zurückbehaltungsrecht des Finders.

3. Die Geltendmachung der Gegenansprüche des Finders hängt von der Zurückbehaltungslage ab; ein Verzicht auf die Gegenansprüche ist in der freiwilligen Ablieferung an die Polizeibehörde nicht zu finden; die erzwungene Ablieferung soll nur dem Zwecke der polizeilichen Kontrole dienen, nicht aber die Rechtslage des Finders verschlechtern. Der Deutlichkeit wegen erscheint es zweckmäßig, das Unberührtbleiben der Gegenansprüche des Finders im Falle der Ablieferung an die Behörde hervorzuheben (§ 916 Satz 1); auch ist es nothwendig, dem Finder die Retentionslage insoweit zu wahren, daß nur mit seiner Zustimmung ausgeliefert werden darf (§ 916 Satz 2).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 66.

§ 917.

Ersatzansprüche der Polizeibehörde.

Wenn sich auch die Befugniß der Polizeibehörde, ihre Rechte gegen den Empfangsberechtigten in gleicher Weise wahrzunehmen, wie der Finder, dessen Funktionen sie auf sich genommen hat, aus der analogen Anwendung der zu Gunsten des Finders lautenden Vorschriften ableiten läßt, so erscheint es doch zweckmäßig, dieses Recht der Polizei im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen (§ 917). Die weitere Spezialfrage, inwieweit der Finder, welchem die Polizeibehörde die Sache belassen hat, bei der Auslieferung die Interessen der Polizeibehörde wahrzunehmen berechtigt und verpflichtet ist, bedarf nicht der Entscheidung im Gesetze.

Eigenthumserwerb des Finders.

§§ 918—920.

1. Grundsatz.

1. Das praktische Bedürfniß verlangt, daß dem Zustande, in welchem nach dem Empfangsberechtigten einer verlorenen Sache gesucht und die Sache für denselben verwahrt und erhalten wird, eine zeitliche Grenze gesetzt werde und daß nach Ueberschreitung dieser Grenze eine von dem früheren Rechtsbestande unabhängige Neuregelung des Rechtes an der Sache erfolge. Diese Neuregelung als Folge einer Anspruchsverjährung und einer mit derselben verbundenen Ersitzung zu bestimmen, wie im franz., bad., bayr. und österr. Rechte, ist, auch wenn man das Zeitmaß angemessen herabsetzen wollte, schon um deswillen nicht passend, weil es dem Grundgedanken der Ersitzung, wie solche im Entwurfe geregelt ist, widerspricht, daß durch dieselbe offenkundiges Nichteigenthum in Eigenthum verwandelt werde. Die meisten Gesetze bestimmen denn auch als Voraussetzung für den Eintritt der gesetzlichen Neuregelung, daß der Empfangsberechtigte auf die öffentliche Aufforderung hin sich nicht gehörigen Ortes binnen bestimmter Frist gemeldet hat; so nach preuß., sächs., braunschw., brem., anhalt., coburg., ital. Rechte und nach württemb. Gerichtsgebrauche[1]). Die Aufforderung zur Anmeldung erfolgt in Preußen durch gerichtliches Aufgebot, in den anderen Ländern überwiegt die blos polizeiliche Bekanntmachung. Nach dem braunschw. Gesetze wird die Sache vom Gerichte zugeschlagen; ebenso nach dem württemb. Gerichtsgebrauche. Nach brem. Rechte ist noch die Aushändigung der Sache seitens der Polizei an den Finder zum Eigenthumserwerbe desselben erforderlich.

Der Entwurf hat sich dem Systeme der Mehrheit der Gesetzgebungen angeschlossen.

2. Voraussetzungen des Erwerbes.

2. Der Grund der Rechtsnorm liegt in dem Bedürfnisse, die thatsächliche Herrenlosigkeit der gefundenen Sache bei Erfolglosigkeit der Nachforschungen zu beendigen. Die Nichtermittelung der früheren Berechtigten hat im praktischen Erfolge Aehnlichkeit mit dem Nichtvorhandensein solcher Berechtigten bei herrenlosen Sachen; doch bestehen zugleich so viele Verschiedenheiten zwischen

---

[1]) Reyscher, württemb. Priv. R. II S. 18.

Funderwerb und Okkupation, daß jene Analogie, auf welche das sächs. G. B. (§ 239), die Motive zum preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. und zum bayr. und hess. Entw. hinweisen, für den Gesetzgeber kaum in Betracht kommt. Das Gesetz hat zu bestimmen, wann die Thatsache, daß der Empfangsberechtigte nicht ermittelt werden könne, als festgestellt zu gelten habe. Eine solche Feststellung kann nur durch den Akt einer Behörde auf Grund eines vorausgegangenen Ermittelungsverfahrens geschehen. Der Entwurf hat der Polizeibehörde Ermittelung und Feststellung übertragen. Gegen die Bestimmung eines gerichtlichen Aufgebotsverfahrens, wie im preuß. Rechte, spricht der Umstand, daß ein solches Verfahren mit vielen Weitläufigkeiten und Kosten verknüpft ist und deshalb die Gefahr nicht fern liegt, daß in vielen Fällen der Finder die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften außer Acht lassen werde. Auch der deutsche Juristentag hat sich für den einfacheren von dem Entwurfe eingeschlagenen Weg ausgesprochen[1]). Als Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm ist hiernach eine auf Antrag des Finders und in einer gewissen Form stattfindende thatsächliche Feststellung der Polizeibehörde zu bestimmen. Folgende Einzelnheiten kommen in Betracht:

Polizeiliche Feststellung der Nichtanmeldung von Ansprüchen

a) Der Gegenstand der polizeilichen Feststellung ist lediglich die Thatsache, daß Anmeldungen nicht eingegangen sind. Irgend welche Kognition über das Begründetsein angemeldeter Ansprüche steht der Polizeibehörde nicht zu. Daß die Behörde eine auf die Person des Empfangsberechtigten deutende Kunde hat, oder daß dieser vielleicht an anderer Stelle, insbesondere auch bei dem Finder sich gemeldet hat, kommt nicht in Betracht; aber selbstverständlich ist die Polizeibehörde befugt, zur Ermittelung des Empfangsberechtigten dienliche Schritte zu thun und Anmeldungen zu provoziren.

binnen einer Frist

In einer Richtung ist aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit dem Ermessen der Polizeibehörde Raum gelassen. Die regelmäßige Anmeldungsfrist von einem Jahre kann im einzelnen Falle als zu kurz erscheinen und noch nach Ablauf des Jahres ein schließlicher Erfolg der Ermittelungen zu erhoffen sein. In einem solchen Falle soll nach § 918 Abs. 2 die Polizei befugt sein, ihre Feststellung, daß Anmeldungen nicht erfolgt sind, bis zum Ablaufe von drei Jahren hinauszuschieben. Diese Vorschrift beugt Härten vor, welche sonst aus dem gesetzlichen Eigenthumserwerbe des Finders für den Empfangsberechtigten sich ergeben könnten.

auf Antrag des Finders

b) Der Eintritt der Rechtsnorm ist von einer Willenserklärung des Finders abhängig zu machen. Diese Erklärung muß der Sachlage nach auf die Herbeiführung der zur Eigenthumserwerbung erforderlichen behördlichen Feststellung gerichtet, mithin ein Antrag an die Behörde sein. In der Fundanzeige allein ist ein solcher Antrag nicht zu finden; doch kann er schon bei der Anzeige gestellt werden.

durch Ertheilung eines Zeugnisses.

c) Der deklaratorische Akt der Behörde, welcher eine Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm bildet, hat gegenüber dem Antragsteller zu erfolgen, und zwar ist die Ertheilung eines schriftlichen Zeugnisses zu verlangen,

---

[1]) Verhandl. des XVI. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 41, 65, 170, 341; stenogr. Berichte S. 32, 326.

damit dieſer behördliche Akt von anderen behördlichen Mittheilungen unterſchieden werden kann, welche ohne die Abſicht geſchehen, den Finder über den Eintritt der Vorausſetzungen ſeines Eigenthumserwerbes zu verſichern. Daß die Behörde, wie nach brem. Rechte verlangt wird, dem Finder die in ihrer Inhabung befindliche Sache aushändige, iſt nicht zu verlangen. Eine Eigenthumserwerbung ohne Beſitzerwerb findet nicht ſtatt; denn die Behörde, an welche die Sache abgeliefert iſt, detinirt fortan für den Antragſteller, welcher ſeinen Beſitzwillen kundgethan hat.

3. Konkurrenz mehrerer Finder.

3. Ueber den Fall der Konkurrenz mehrerer Perſonen, welche die Rechte als Finder in Anſpruch nehmen, giebt der Entwurf hier ebenſowenig eine Vorſchrift, wie bei der Zueignung. Eine Beſtimmung zum Nachtheile des Finders, welcher in der Ergreifung der Inhabung dem Entdecker zuvorkommt, wie ſolche im preuß., ſächſ. und öſterr. Rechte ſich findet, iſt theils nicht gerechtfertigt, theils überflüſſig, da für den Fall einer unerlaubten Handlung die Vorſchriften der §§ 704, 705 genügen.

4. Eigenthumserwerb.

4. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß der Finder das Eigenthum der Sache und zwar laſtenfrei erwirbt; denn der Grundſatz, nach welchem nicht ermittelte Rechte zu Gunſten des Finders vom Geſetze als nicht beſtehend behandelt werden, iſt nicht blos auf das Eigenthum, ſondern auf alle Rechte an der Sache zu beziehen.

Die Entſcheidung der Frage, ob die Eigenthumserwerbung ex nunc oder ex tunc erfolgt, iſt nur in ſeltenen Fällen von praktiſcher Bedeutung, z. B. in Anſehung der Nutzungen der Zwiſchenzeit und der in dieſer Zeit etwa entſtandenen Anſprüche wegen Beſchädigung der Sache. Einer beſonderen Vorſchrift bedarf es deshalb nicht.

Eine Betheiligung des Staates oder der Gemeinde an dem Vortheile aus dem Funde, wie ſolche im preuß. und anhalt. Rechte beſtimmt wird, iſt ohne praktiſchen Werth und führt zu Verwickelungen.

5. Anmeldung eines Anſpruches.

5. Die Vorſchrift des § 919 Abſ. 1 bezieht ſich auf den Fall, daß eine Anmeldung eingegangen und ſomit durch das im § 918 bezeichnete Zeugniß der Behörde nicht das Fehlen von Anmeldungen überhaupt, ſondern nur das Fehlen von weiteren als den in dem Zeugniſſe erwähnten Anmeldungen feſtgeſtellt werden kann. Die Wirkungen der Ertheilung des Zeugniſſes beſchränken ſich in einem ſolchen Falle entſprechend dem Inhalte des Zeugniſſes. Nur die angemeldeten Rechte ſtehen dem Eigenthumserwerbe des Finders entgegen. Verhalten die Anmeldenden ſich paſſiv, ſo kann der Finder, wenn er dieſelben für nicht legitimirt erachtet, mit der Feſtſtellungsklage vorgehen, um das Nichtbeſtehen der angemeldeten Rechte und damit ſeinen Erwerb feſtzuſtellen. Es findet ſomit ein in gewiſſer Weiſe bedingter Eigenthumserwerb — salvo jure — ſtatt.

6. Verweigerung der Einlöſung des Fundes.

6. Die Vorſchrift des § 919 Abſ. 2 betrifft den Fall, wenn dem Finder ein anerkannter und legitimirter Empfangsberechtigter gegenüberſteht und durch das nach § 919 Abſ. 1 ausgefolgte polizeiliche Zeugniß feſtgeſtellt iſt, daß nur dieſer Berechtigte in Betracht kommt. Da dem Finder ſelbſtändige Anſprüche nicht gewährt ſind, ſondern nur das Rückforderungsrecht des Empfangsberechtigten

zu Gunsten des Finders bedingt und beschränkt wird, so tritt ein Zustand der Ungewißheit ein, wenn der Empfangsberechtigte sich weigert, die Sache einzulösen. Die Vorschrift des § 919 Abs. 2 soll auf möglichst einfachem Wege eine Entscheidung dadurch herbeiführen, daß sie den die Einlösung weigernden Empfangsberechtigten ebenso, wie wenn derselbe sich nicht gemeldet hätte, der Eigenthumserwerbung des Finders nicht weiter im Wege stehen läßt.

Sind mehrere Empfangsberechtigte angemeldet, z. B. der Pfandgläubiger, welchem die Sache abhanden gekommen ist, und der Eigenthümer, so erlöschen die Rechte des einen Theiles, welcher die Einlösung verweigert, selbstverständlich dann nicht, wenn der andere einlöst.

7. In § 920 werden zwei Ausnahmen von den auf den Eigenthumserwerb des Finders sich beziehenden Vorschriften bestimmt. 7. Ausschließung des Erwerbes

a) Die eine Ausnahme tritt ein, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt, d. h. insbesondere nicht unverzügliche und vollständige Angaben gegenüber der Behörde gemacht hat. Es erscheint konsequent, daß die Begünstigung des Gesetzes zessirt, wenn wesentlichen Anforderungen desselben nicht genügt ist. Darüber, ob die erfolgte Anzeige rechtzeitig und vollständig war, steht der Polizei keine Kognition zu. Dieselbe kann aus solchen Gründen die Ertheilung des Zeugnisses nicht verweigern. Das Vorliegen der Ausnahme bewirkt nur, daß die früheren Rechte an der Sache bestehen bleiben und dem Finder gegenüber fortdauernd geltend gemacht werden können. a) wegen Verletzung der Anzeigepflicht,

Die Nichtanzeige von später erfahrenen zur Ermittelung des Empfangsberechtigten dienlichen Umständen ist keine Verletzung der in § 910 Abs. 2 bestimmten Anzeigepflicht. Eine später erlangte Wissenschaft des Finders kann indessen die nachstehend unter b) erörterte Ausnahme begründen. Darüber hinaus liegt ein genügender Grund nicht vor, derselben einen Einfluß einzuräumen.

b) Die zweite Ausnahme betrifft den Fall einer mala fides des Finders. Wenn man hier von mala fides des Finders redet, so hat man diesen Ausdruck in einem besonderen Sinne zu verstehen. Er bedeutet nicht, wie gewöhnlich, die Kenntniß des fremden Rechtes und des Mangels eigenen Rechtes. Der fragliche Ausdruck kann vielmehr nur auf die Kenntniß von Thatsachen bezogen werden, welche eine bestimmte und auffindbare Person als Empfangsberechtigten erscheinen lassen. Möglich bleibt, daß eine Verletzung der Anzeigepflicht nicht anzunehmen ist und doch eine Kenntniß der gedachten Art dem Finder nachgewiesen werden kann. Aus diesem Grunde ist die Bestimmung dieser weiteren Ausnahme erforderlich. Bloße Rechtsbehauptungen eines angeblichen Empfangsberechtigten brauchen die im Gesetze vorausgesetzte Kenntniß nicht hervorzubringen. b) in Ansehung der dem Finder bekannten Rechte.

8. Da der Erwerb des Finders im Interesse des Eigenthümers ausgeschlossen wird, dessen Ermittelung durch das pflichtwidrige Verhalten des Finders vereitelt werden kann, so ist es nicht konsequent, wenn einige Gesetzgebungen — Bremen, Braunschweig, Zürich —, statt dem Eigenthümer in diesem Falle sein Recht zu belassen, bestimmen, daß an die Stelle des Finders eine andere Person, Gemeinde ꝛc. treten soll. 8. Folge der Ausschließung.

§ 921.

Behandlung geringwerthiger Fundsachen.

Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen der Vorschrift des sächs. G. B. § 243. Bei geringwerthigen Sachen erscheint eine Ermäßigung der Erfordernisse der Eigenthumserwerbung durch den Finder wünschenswerth. Insbesondere ist von der öffentlichen Bekanntmachung abzusehen. Dann aber verliert auch die Anzeigepflicht, auf den praktischen Erfolg gesehen, ihren Zweck und ihre Bedeutung. Der aus dem Wegfalle der Anzeigepflicht entspringenden Gefahr wird durch die Vorschrift des zweiten Absatzes in geeigneter Weise vorgebeugt.

§ 922.

Herausgabe der Bereicherung seitens des Finders.

Da die Rechtsnorm, welche dem Finder das Eigenthum zuspricht, nicht den Zweck verfolgt, das Vermögen des Erwerbers auf Kosten des Verlierenden zu vermehren, so entbehrt die Eigenthumserwerbung des rechtlichen Grundes, wenn sie gleich auf einer Rechtsnorm beruht. Doch ist die obligatorische Haftung, welche die dingliche Haftung überdauert, zeitlich auf eine kurze Frist und fest, mithin durch Bestimmung einer Präklusivfrist, zu begrenzen, damit jeder ferneren Ungewißheit ein Ende gemacht werde. Die Bemessung der Dauer der Frist schließt sich an das brem. Gesetz an.

Dem Empfangsberechtigten, welcher nach § 919 Abs. 2 seines Rechtes an der Sache verlustig gegangen ist, wird auch die Kondiktion zu versagen sein.

§ 923.

Uebergang der Rechte des Finders auf die Gemeinde.

Der Fall des Verzichtes des Finders auf die Eigenthumserwerbung erheischt eine Bestimmung, welche dem Finder eine andere Person substituirt, da das Bedürfniß einer definitiven dinglichen Regelung bestehen bleibt. Im Anschlusse an das geltende Recht wird vom Entwurfe eine solche Substitution bestimmt. Nach der Mehrzahl der Gesetzgebungen sollen die nicht abgeforderten gefundenen Sachen, wenn der Finder ausscheidet, der Armenpflege zu Gute kommen. Da die Armenpflege nach dem geltenden Reichsrechte, soweit nicht durch besondere Anstalten dem Bedürfnisse genügt wird, eine Gemeindelast ist, so erscheint es angemessen, der Gemeinde das Recht des Finders beizulegen.

Behandlung der in den Geschäftsräumen ꝛc. einer öffentlichen Behörde oder Verkehrsanstalt gefundenen Sachen.

§§ 924—926.

Bedürfniß einer Vorschrift.

1. Nach § 910 Abs. 1 ist ein wesentliches Merkmal der gefundenen Sache, daß die Inhabung des Verlierers ohne dessen Willen aufgehoben ist. Aus dem Begriffe der gefundenen Sachen scheiden deshalb alle Sachen aus, welche durch einen Anvertrauungsvertrag in fremde Inhabung gelangt sind. Auch bei diesen Sachen kann in ähnlicher Weise wie bei gefundenen Sachen die Restitution auf Schwierigkeiten stoßen, weil die Empfangsberechtigten sich

nicht melden, auch nicht zu ermitteln ſind und der Inhaber deshalb der Sache ſich nicht entledigen kann. Ueber die dem Reſtitutionspflichtigen in einem ſolchen Falle zuſtehende Befugniß zu Maßnahmen, um von ſeiner ferneren Reſtitutionspflicht ſich zu befreien, iſt an dieſer Stelle nichts zu beſtimmen. Die Befugniſſe desſelben ergeben ſich aus den Vorſchriften über den Verzug des Gläubigers und über das Hinterlegungsrecht des Schuldners, ſowie aus den dem Anvertrauungsvertrage, dem Dienſtvertrage, der Miethe, dem Leihvertrage, dem Hinterlegungsvertrage, dem Auftrage zu Grunde liegenden Vertragsbeſtimmungen. Die Vorausſetzungen des Hinterlegungsrechtes können übrigens zutreffen auch bei dinglichen Anſprüchen auf Herausgabe einer Sache, da bei Anſprüchen dieſer Art die allgemeinen Vorſchriften des Obligationenrechtes Anwendung finden.

Nichtanwendung der Vorſchriften über gefundene Sachen.

2. Man kann den Zweifel aufwerfen, ob eine jede Sache, deren Inhabung durch irgend einen Umſtand dem bisherigen Inhaber ohne deſſen Willen entzogen und nicht durch denſelben Umſtand in die Inhabung einer anderen Perſon gekommen iſt, im techniſchen Sinne ſtets als gefunden zu betrachten ſei, wenn Jemand dieſelbe an ſich nimmt. Die Umſtände können ſo geſtaltet ſein, daß, trotz der Aufhebung der bisherigen Inhabung, die Sache einer gewiſſen Aufſicht und Fürſorge um deswillen unterſtellt geblieben iſt, weil der Ortsbezirk, in welchem der Verluſt ſich zutrug, einer ſolchen Aufſicht und Fürſorge in Anſehung der dort befindlichen Sachen unterſteht[1]), wie ſolches der Fall iſt, wenn eine Sache in den Geſchäftsräumen oder in den Transportmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanſtalt verloren iſt. Man wird indeſſen den Begriff der gefundenen Sachen nicht wohl ſo definiren können, daß die Sachen der bezeichneten Art nicht unter denſelben fallen. Dann aber iſt eine Beſtimmung erforderlich, welche dieſen, durch die beſonderen Umſtände, unter denen gefunden wird, qualifizirten Fall des Fundes den Vorſchriften über gefundene Sachen entzieht, § 924 Abſ. 1. Die Vorausſetzung für das Zutreffen der Ausnahmebeſtimmung liegt in dem Fundorte. Man wird zu verlangen haben, daß der dem Verkehre geöffnete Fundort einer beſonderen organiſirten Aufſicht unterſteht, welche die dort befindlichen Perſonen und Sachen unter ihren Schutz nimmt. Hierdurch grenzt ſich dieſer beſondere Fundort einerſeits ab gegen das keiner ſpeziellen Aufſicht unterſtellte Gebiet des gewöhnlichen Findens und unterſcheidet ſich andererſeits von Privatgebieten und Privaträumen, wo die dort befindlichen Sachen bereits einer gewiſſen Detention unterſtehen und nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden können. Eine weitere Abgeſchloſſenheit des Fundortes, deren Begriff ſchwer feſtzuſtellen ſein würde, iſt nicht zu fordern. Den nach dieſen Merkmalen ſich karakteriſirenden Fundort glaubt der Entwurf durch die konkrete Bezeichnung

---

[1]) Verhandl. des XVI. deutſch. Juriſtentages Bd. 1, ſtenogr. Bericht S. 43. Ein Erlaß des preuß. Handelsminiſters vom 21. Juni 1881 (M. Bl. für innere Verwaltung S. 183) bezeichnet die im Bereiche der Eiſenbahnen verlorenen Sachen als „nicht eigentlich“ verloren, weil dieſelben in den Gewahrſam der Bahnverwaltung gelangen; vergl. Betriebsreglement für die Eiſenbahnen Deutſchlands vom 11. Mai 1874 § 33; Seuffert's Arch. Bd. 33, 307, 21, 16.

der Geschäftsräume oder der Transportmittel einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt hinreichend genau zu treffen. Der Transportmittel war neben den Geschäftsräumen allgemein nicht blos in Beziehung auf Transportanstalten Erwähnung zu thun, da Transportmittel auch bei Behörden und bei Anstalten, deren eigentlicher Zweck nicht im Transporte besteht, vorkommen können.

Verpflichtung des Finders.

3. In positiver Richtung enthält der Entwurf in Ansehung desjenigen, welcher eine an einem Fundorte der bezeichneten Art gefundene Sache an sich nimmt, nur die Vorschrift, daß er die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen Beamten derselben abzuliefern hat (§ 924 Abs. 2). Diese Pflicht ergiebt sich aus der Sachlage. Der Fundort untersteht einer auf die dort zu findenden Sachen sich erstreckenden Aufsicht; in diese Aufsicht darf Niemand hindernd eingreifen; man darf, wenn man überhaupt thätig wird, nur dieser Aufsicht zu Hülfe kommen. Wenn sich auch schwerlich behaupten läßt, daß die Behörde oder die Anstalt schon Inhaberin der verlorenen Sachen sei, so entspricht es doch dem Interesse des Empfangsberechtigten, daß dieselben in die Inhabung der Sachen kommen, da auf diese Weise die Nachforschungen des Empfangsberechtigten wesentlich erleichtert werden. Dem Finder wird nur eine Pflicht auferlegt, kein Recht eingeräumt. Die Einräumung von Finderrechten würde mit der Geringfügigkeit des vom Finder zu leistenden Dienstes nicht im Einklange stehen, die Gefahr einer Verleitung zu einem unredlichen Verfahren mit sich bringen und insbesondere für Beamte der Behörde oder Anstalt nicht passen.

Behandlung der Fundsache durch die Behörde.

4. Ueber die Art und Weise, wie die Aufsicht zum Schutze der in den Geschäftsräumen oder Transportmitteln sich findenden Sachen seitens der Behörde oder Anstalt auszuüben ist, über eine Pflicht der Behörde oder Anstalt, ihre Beamten anzuweisen, die Sachen, welche abgeliefert werden, in Empfang zu nehmen, über die Verwahrungspflicht und Herausgabepflicht der Behörde oder Anstalt enthält der Entwurf keine besonderen Bestimmungen, weil das Verfahren der Behörden und Anstalten in den bezeichneten Beziehungen der Regelung durch Rechtsnormen publizistischer Natur unterliegt.

Dagegen mußte das Versteigerungsrecht der Behörde oder Anstalt in § 925 bestimmt werden, weil die Zusprechung dieses Rechtes die Wirkung hat, daß der Ersteher Eigenthümer wird, obwohl die allgemeinen Grundsätze den Eigenthumserwerb desselben nicht begründen würden. Die juristische Konstruktion der Wirksamkeit des Veräußerungsvertrages bleibt auch hier, wie in § 911 Abs. 2, dahingestellt. In Ansehung der Voraussetzungen des Versteigerungsrechtes mußte dem praktischen Bedürfnisse dahin Rechnung getragen werden, daß den Behörden oder Anstalten eine gewisse Freiheit gelassen wird, was um so zulässiger ist, als dieselben in Ansehung ihres Verfahrens den Weisungen der Verwaltungsbehörden unterstehen. Die Frist für die Anmeldung des Empfangsberechtigten, welche in der zu erlassenden öffentlichen Bekanntmachung zu setzen ist, die Art der öffentlichen Versteigerung, — ev. nicht durch die in § 911 Abs. 2 bezeichneten Personen, sondern durch eigene Beamte —, die Art der Bekanntmachung sind im Entwurfe nicht näher bestimmt. Der zweite Absatz des § 925 will klarstellen, daß in Ansehung der Bekanntmachung

die erforderlichen Vorschriften nicht im Wege der Gesetzgebung, sondern im Wege der Verwaltung gegeben werden können.

Versteigerungserlös.

5. Der § 926 disponirt über den Erlös der Versteigerung. Die besondere Aufsicht über den Fundort (Geschäftsräume oder Transportmittel) und die weiteren Maßregeln zum Schutze der gefundenen Sachen gehen von der Behörde oder Anstalt aus, und die Kosten dieses ganzen Verfahrens werden aus den zur Erhaltung dieser Institute bestimmten Mitteln, Reichsfiskus, Landesfiskus, Gemeindevermögen, Betriebsfonds des Privatunternehmers, bestritten. Es entspricht hiernach der Billigkeit und auch der Analogie der Vorschriften über den Fund, daß der Erlös in das Vermögen fällt, aus welchem die Kosten des Verfahrens bestritten werden.

Mit der Zusprechung des Erlöses wird in § 926 Abs. 2 zugleich eine Haftung des Empfängers des Erlöses auf Herausgabe desselben nach Erstattung der Kosten bestimmt, ohne Rücksicht darauf, ob nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über Geschäftsführung ohne Auftrag eine solche Haftung begründet sein würde. Eine Verzinsungspflicht des Empfängers ist nicht bestimmt, weil eine solche durch nichts gerechtfertigt sein würde. Dem Anspruche auf Herausgabe des Erlöses mußte hier wie in § 922 Abs. 2 aus praktischen Gründen eine Präklusivfrist gesetzt werden. Die Präklusivfrist hat von dem Ablaufe der Anmeldungsfrist an zu beginnen und nicht etwa von dem Zeitpunkte der Versteigerung, denn sie ist eine Fortsetzung der Anmeldungsfrist. Daneben kommt in Betracht, daß der Zeitpunkt der Versteigerung nicht fest bestimmt ist und die Versteigerung unter Umständen schon vor Ablauf der Anmeldungsfrist geschehen kann.

§ 927.

Behandlung anderer in die Inhabung einer öffentlichen Behörde gelangter Sachen.

Der § 927 enthält eine Bestimmung zu Gunsten der öffentlichen Behörden, welche in die Inhabung einer Sache gekommen sind, in Ansehung deren der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt nicht bekannt ist. Gelangt die Sache in Folge eines Vertrages in die Hände der Behörde, wie bei Postsendungen und Depositen der Fall ist, so kann die Empfängerin den aus dem Unterbleiben einer Wiederabholung der Sache erwachsenden Belästigungen durch besondere Vertragsbestimmungen vorbeugen[1]). Es sind indessen Fälle nicht selten, in denen die Inhabung, welche durch die Beamten ausgeübt wird, eine vertragsmäßige nicht ist und auch die Sache nicht als eine von den Beamten in den Geschäftsräumen oder Transportmitteln der Behörde gefundene angesehen werden kann, z. B. Gegenstände, welche ohne in einer Konfiskation begriffen zu sein als Ueberführungsstücke bei dem Gerichte zurückbleiben[2]). Ein besonders praktischer Fall ist auch der, daß gefundene, an die Polizei ab-

[1]) Vergl. Reichspostgesetz v. 28. Oktbr. 1871 § 26 Abs. 1, preuß. Hinterl. O. v. 14. März 1879 §§ 58 ff.

[2]) Vergl. das in Preußen für den Bezirk des Appellationsgerichtes Cöln ergangene Reskript des Justizministers vom 23. Juni 1823, Lottmer's Sammlung Bd. 2 S. 288.

gelieferte Sachen dort hängen bleiben, weil der Finder nicht mehr zu ermitteln ist. Tritt ein ähnlicher Fall bei einer Privatperson ein, so wird aus den Vorschriften über die Vindikation sich ergeben, wie der Inhaber sich zu verhalten hat. Der positive Inhalt der Rechtsnorm des § 927 besteht in der Zusprechung des Versteigerungsrechtes und des Rechtes auf den Erlös; dieser Inhalt paßt nur, wenn die Sache in den Händen einer Behörde, nicht aber, wenn sie in den Händen einer Privatperson sich vorfindet, da nur in dem ersteren Falle die Gefahr eines Mißbrauches ausgeschlossen ist und das Bedürfniß einer derartigen Begünstigung sich fühlbar gemacht hat.

Schatz.

§ 928.

Voraussetzungen des Schatzfundes.

1. In der Bestimmung der Voraussetzungen der besonderen Rechtsnormen über den Schatz ist der Entwurf etwas enger als die Mehrheit der Gesetzgebungen[1]). Die Sache muß als eine verborgene entdeckt sein, und die Art und Weise ihrer Verbergung muß dafür sprechen, daß dieser Zustand eine so lange Zeit gedauert hat, daß jede Hoffnung auf die Ermittelung des Eigenthümers als eine vergebliche erscheint.

Auf die Art und Weise der Auffindung — ob zufällig oder auf absichtliche Nachforschung, ob mittels erlaubter oder unerlaubter Handlung gefunden ist — kommt es nach dem Entwurfe nicht an. Die abweichenden Vorschriften des gemeinen, preuß., bayr., sächs., franz. Rechtes entbehren der inneren Rechtfertigung Ein ausschließliches Okkupationsrecht in Ansehung der Schätze kommt nicht vor; es werden also, auch wenn der Finder bei der Entdeckung widerrechtlich gehandelt hat, nur die gewöhnlichen Deliktsfolgen eintreten. Ebensowenig liegt ein Grund vor, mit dem preuß., ital., zür. und österr. Rechte einen gewissen Werth zum Begriffe des Schatzes zu verlangen. Der Fall einer Konkurrenz des Entdeckers mit dem ihm in der Besitzergreifung zuvorkommenden Finder wird aus denselben Gründen, wie bei dem gewöhnlichen Funde, auch hier unberücksichtigt bleiben müssen. Ob die verbergende Sache eine bewegliche Sache oder ein Grundstück ist, bleibt entsprechend dem geltenden Rechte gleichgültig. Dagegen wird mit dem geltenden Rechte unterschieden, ob die verbergende Sache eine eigene Sache des Finders oder eine fremde Sache ist; an diesen Unterschied knüpft sich eine Verschiedenheit in den Rechtsfolgen.

Abweichung von den Fundvorschriften.

2. Eine Anzeigepflicht des Schatzfinders und ein behördliches Ermittelungsverfahren[2]) in demselben Sinne und zu demselben Zwecke wie bei dem Funde kann nicht in Betracht kommen; denn die Unauffindbarkeit eines Empfangsberechtigten wird bei dem Schatze durch die Umstände bei dessen Entdeckung klargelegt. Diese Umstände können allerdings täuschen. Man könnte an eine

---

[1]) L. un. Cod. de thes. (10, 15); preuß. A. L. R. I, 9 §§ 74—89; sächs. G. B. §§ 233—237; code civil Art. 716; bayr. L. R. II, 3 § 4; zür. G. B. §§ 632, 633; ital. G. B. Art. 714; österr. G. B. §§ 395, 398—401; bayr. Entw. III Art. 118; hess. Entw. II, 3 Art. 25.

[2]) Preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. § 23 Abs. 2.

polizeiliche Untersuchung denken, ob ein Schatz wirklich vorliege. Zu einer solchen Untersuchung ist indessen die Polizeibehörde nicht ein geeignetes Organ. Es würde bedenklich sein, der polizeilichen Kognition einen Einfluß zum Nachtheile des ermittelten Eigenthümers beizulegen. Andererseits würde es aber auch nicht mit den über den gewöhnlichen Fund getroffenen Bestimmungen harmoniren, wenn das Unterbleiben der Anzeige die Folge der Rechtsverwirkung zu Gunsten des Staates oder der Gemeinde haben sollte.

Eigenthumserwerb des Finders.

3. Der Inhalt der Rechtsnorm für den Fall, daß der Finder der Eigenthümer der verbergenden Sache ist, geht dahin, daß der Schatzfund den Bestimmungen über den gewöhnlichen Fund entzogen wird und nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden soll. Entweder ist der Schatz eine herrenlos gewordene Sache, oder er ist doch bei gänzlicher Verdunkelung des früheren Rechtsbestandes im praktischen Resultate als eine solche zu behandeln, mithin, da bei der Zueignung zwischen herrenlos gewesenen und herrenlos gewordenen Sachen nicht unterschieden wird, mit der Besitzergreifung dem Finder erworben. Eine Betheiligung des Fiskus oder der Gemeinde an dem Vortheile des Finders — Preußen, Bayern — ist hier so wenig, wie bei dem gewöhnlichen Funde zu bestimmen. Ein eigentliches Schatzregal kommt nicht vor. In einigen Staaten ist Ablieferung von alten Münzen und sonstigen Alterthümern an öffentliche Behörden gegen Wertherſatz angeordnet[1]). Für das Unberührtbleiben derartiger Vorschriften würde, soweit nöthig, in dem Einführungsgesetze Sorge zu tragen sein.

Miterwerb des Eigenthümers der verbergenden Sache.

4. Für den Fall, daß der Schatz in einer fremden Sache gefunden wird, entspricht es dem geltenden Rechte, daß kraft Gesetzes der Finder und der Eigenthümer der verbergenden Sache zu gleichen Theilen das Recht am Schatze erwerben. Dieser Entscheidung liegt eine Billigkeitsrücksicht zu Grunde; es fehlt an einem genügenden Anlasse, in diesem Punkte vom geltenden Rechte abzuweichen, wenngleich nicht verkannt werden kann, daß diese Art des Eigenthumserwerbes ohne Besitzerwerb etwas Anomales hat und zu der im Falle des Nießbrauches von dem Entwurfe (§ 990) ausdrücklich verneinten Frage führt, inwieweit Rechte an der verbergenden Sache das für den Eigenthümer entstehende Recht am Schatze ergreifen. Die Bestimmung einer besonderen Benachrichtigungspflicht des Finders gegenüber dem miterwerbenden Eigenthümer[2]) erscheint entbehrlich, da der Eigenthümer durch die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch genügend geschützt wird. Auch der Fall, daß der Schatz auf der Grenze gefunden wird, braucht nicht besonders berücksichtigt zu werden[3]), da eine Lösung dieses Rechtskonfliktes aus allgemeinen Grundsätzen sich wird ableiten lassen. Die Exhibitionspflicht des Finders gegen den miterwerbenden Eigenthümer ist nach § 774 zu beurtheilen; für die Bestimmung einer weiteren eidlichen Manifestationspflicht liegt kein genügender Grund vor[4]).

[1]) Württemb. Bekanntmachung des Ministers des Innern v. 17. Februar 1820, Reg. Bl. S. 6; kurhess. Verordn. v. 22. Dezember 1780 § 6, Klaubold, kurhess. Rechtsb. § 341 S. 211.

[2]) Sächs. G. B. §§ 233, 237; bayr. Entw. III Art. 119.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 91; sächs. G. B. § 235; hess. Entw. II, 3 Art. 28.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 22 § 28.

Vierter Titel.

Eigenthumsanspruch.

Vorbemerkungen.

Bedürfniß besonderer Vorschriften über den Eigenthumsschutz.

Die Vorschriften des Entwurfes über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen bestimmen die Haftung des Delinquenten gegenüber dem Beschädigten. Unter den Delikten werden in § 704 Abs. 2 diejenigen Delikte unterschieden und unter eine besondere Rechtsnorm gestellt, bei denen der Delinquent das Recht einer anderen Person verletzt. Dabei geht der Entwurf davon aus, daß nur absolute Rechte durch Delikte verletzbar sind und daß die Nichterfüllung seitens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger kein Delikt ist.

In Ansehung der Frage, welche Rechtspositionen als subjektive Rechte absoluter Natur zu gelten haben, giebt der Entwurf in § 704 Abs. 2 eine Vorschrift, welche vor einer zu engen Auffassung schützen soll. Der Rechtsinhalt der einzelnen absoluten Rechte wird vom Entwurfe nur bei solchen Rechten näher bestimmt, welche im Sachenrechte, Familienrechte und Erbrechte vorkommen. Im sonstigen Reichsrechte und in dem vorbehaltenen Landesrechte finden sich Bestimmungen über den Inhalt derjenigen absoluten Rechte, welche dort besonders geregelt werden.

Man könnte der Ansicht sein, daß mit Bestimmung des Inhaltes der absoluten Rechte und mit Aufstellung der allgemeinen Vorschriften über die Haftung aus Delikten genug geschehen sei und alle im Falle einer objektiven oder subjektiv zurechenbaren Rechtsverletzung stattfindenden Ansprüche sich von selbst ergeben müßten, zumal die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ergänzend eingreifen. Dem ist jedoch nicht so. In den einzelnen absoluten Rechten gründen sich Ansprüche, deren Inhalt sich abweichend von den Vorschriften über Delikte und über ungerechtfertigte Bereicherung bestimmt, wie in der Folge sich ergeben wird. Diese Ansprüche sind es, welche für das Eigenthum das röm. Recht in den Vorschriften über die rei vindicatio und über die negatoria actio, die neueren Gesetzgebungen in den Abschnitten über den Eigenthumsschutz näher bestimmen und welche der Entwurf, dem geltenden Rechte folgend, an dieser Stelle regelt. Allgemeine Grundsätze, welche für die Geltendmachung eines jeden absoluten Rechtes passen, lassen sich nicht aufstellen, weil die Verschiedenheit des Inhaltes der absoluten Rechte auf die Frage, wann eine Verletzung des Rechtes vorliegt, und auf den Inhalt der aus der Verletzung sich entwickelnden Ansprüche von Einfluß ist. Eine analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über den Eigenthumsschutz wird allerdings in weitem Umfange zulässig sein und ist in §§ 964, 978, 1017, 1048, 1155 für die übrigen Rechte an Sachen, welche Inhabungs- oder Gebrauchsbefugnisse gewähren, ausdrücklich bestimmt. Um die aus dem Eigenthume sich entwickelnden Ansprüche klarzustellen, sind einige Unterscheidungen nothwendig:

Der rein dingliche Anspruch.

1. Das Eigenthum verlangt einen seinem Inhalte entsprechenden thatsächlichen Zustand. Damit ist ein gegen andere Personen sich richtendes Recht des Eigenthümers auf Herstellung dieses Zustandes gegeben, sofern das Ver-

halten dieſer anderen Perſonen der Herſtellung des rechtsgemäßen Zuſtandes im Wege ſteht. Mit der Anerkennung eines Rechtes durch das Geſetz iſt nach neuerer Rechtsanſchauung der gerichtliche Schutz von ſelbſt beſtimmt, während nach römiſcher Anſchauung die Verheißung des Aktionenſchutzes zu dem Rechte hinzutritt und demſelben zur Entwickelung ſeiner praktiſchen Wirkſamkeit verhilft. Ein Gegner des Herſtellungsanſpruches iſt bei dem Rechte an der Sache durch den Inhalt des Rechtes von vornherein noch nicht gegeben, da nach dieſem Inhalte der Berechtigte nur in einem Verhältniſſe zur Sache, nicht in einem Verhältniſſe zu beſtimmten anderen Perſonen ſteht, wie bei familienrechtlichen Verhältniſſen, bei denen trotzdem das Recht des Berechtigten einen abſoluten Karakter haben kann. Der Anſpruch iſt auf weiter nichts als auf Herſtellung des rechtsgemäßen thatſächlichen Zuſtandes für die Zukunft gerichtet. Ob der dem Inhalte des Rechtes widerſtreitende Zuſtand durch eine vorſätzliche oder fahrläſſige Handlung einer anderen Perſon herbeigeführt iſt, oder ob eine nur objektive Rechtsverletzung vorliegt, bleibt gleichgültig. Der Entwurf hat in § 154 Abſ. 2 Anſprüche dieſes Inhaltes, welche auf familienrechtlichen Verhältniſſen beruhen, von den Anſprüchen gleichen Inhaltes, welche eine andere Grundlage haben, unterſchieden und der Verjährung entzogen, weil die Verjährung dieſer Anſprüche in ihrer Wirkung einer Aufhebung des abſoluten Rechtes, aus welchem ſie entſpringen, gleichkommen, eine ſolche Endigungsart aber mit dem Weſen der betreffenden Rechte im Widerſpruche ſtehen würde. Wenngleich in Anſehung der ſachenrechtlichen Wiederherſtellungsanſprüche die gleiche Ausnahmevorſchrift nicht im Entwurfe getroffen iſt, ſo bleibt doch die Unterſcheidung dieſer Anſprüche (§§ 843, 929, 943) von den nachſtehend unter 2. bezeichneten Anſprüchen von Wichtigkeit, da beide Arten von Anſprüchen ihrem Grunde und Weſen nach verſchieden ſind.

Welcher thatſächliche Zuſtand durch das Eigenthum oder durch ein ſonſtiges Recht an der Sache erfordert wird, muß ſich aus dem Inhalte des Eigenthumes, bezw. des ſonſtigen Rechtes an der Sache, ergeben und iſt bei den §§ 843, 929, 943 näher erörtert.

Wenn die auf Herſtellung des dem Inhalte des Eigenthumes entſprechenden Zuſtandes gerichteten Anſprüche, mag nun das Eigenthum ganz oder zum Theil verletzt und demgemäß die Vindikation oder die Negatorienklage am Platze ſein, als die dinglichen Anſprüche im engeren Sinne bezeichnet und von den ſonſt im Eigenthume ſich gründenden Anſprüchen auf Schadenserſatz und Erſtattung von Nutzungen und Bereicherungen unterſchieden werden, ſo iſt bezüglich der Vorſchriften der §§ 25, 27 der C. P. O. ein Zweifel möglich, ob die dinglichen Anſprüche aus den Rechten an Grundſtücken, welche im Gerichtsſtande der belegenen Sache angeſtellt werden können, nicht in einem weiteren Sinne zu verſtehen ſind. Die Aufnahme einer die Prozeßordnung ergänzenden oder erläuternden Beſtimmung an dieſer Stelle iſt ſchon an ſich mißlich, aber auch um deswillen nicht rathſam, weil auch bei einer engeren Auffaſſung des Begriffes der dinglichen Anſprüche erhebliche Uebelſtände nicht zu befürchten ſind, da das Gericht der belegenen Sache als forum delicti commissi bei Schadensanſprüchen wird angegangen werden können und der Mangel der Zuſtändigkeit auch nur ſelten (§§ 38, 39 der C. P. O.) geltend gemacht werden wird.

Obligatorische Ansprüche auf dinglicher Grundlage.

2. Während der unter 1. gedachte rein dingliche Anspruch auf dem gegenwärtigen Bestehen eines Widerspruches zwischen Recht und Wirklichkeit beruht und eine Ausgleichung dieses Widerspruches fordert, ergeben sich weitergehende Ansprüche gegen andere Personen daraus, daß dieselben unbefugt über die Sache verfügt haben. Eine solche unbefugte Verfügung kann als Delikt, als Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung oder als Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung haftbar machen, welche dem Verfügenden zufolge Rechtsgeschäftes oder in Folge einer Legalobligation, z. B. aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, obliegt. Alle diese Arten der Haftung werden an dieser Stelle von dem Entwurfe ausgeschieden und bleiben unberührt, soweit nicht eine Modifikation bestimmt wird. Das Bedürfniß besonderer Vorschriften an dieser Stelle ergiebt sich daraus, daß jene Arten der Haftung theils zu weit führen würden und einer Beschränkung bedürfen, theils zum erforderlichen Schutze des Eigenthumes nicht genügen. Man könnte daran denken, jede unbefugte Inhabung einer fremden Sache und jede unbefugte Verfügung über dieselbe unter den Gesichtspunkt des Deliktes zu stellen und ein Delikt in jedem Falle anzunehmen, in welchem die unbefugte Verfügung zum Mindesten auf einer fahrlässigen Verkennung fremden Rechtes beruht. Die Vorschriften des § 704 legen eine solche Beurtheilung nahe; sie werden einer Modifikation bedürfen, soweit die danach sich ergebenden Resultate nicht annehmbar sind.

Deliktseigenschaft einer Besitzhandlung.

Die aus dem Inhalte des Eigenthumes sich ergebenden Rechtsnormen, welche absolut lauten und an alle anderen Personen sich richten, untersagen allen anderen Personen die das Recht des Eigenthümers verletzende Erwerbung des Besitzes oder der Inhabung der Sache. Die natürliche Handlungsfreiheit wird mithin bei dem Eigenthume ebenso wie bei anderen absoluten Rechten, z. B. den Urheberrechten, beschränkt; es würde sich aus § 704 die Konsequenz ergeben, daß jeder Erwerber des Besitzes der Sache mit aller Sorgfalt zu prüfen hätte, ob ein durch seine Besitzergreifung zu verletzendes Eigenthum bestehe. Wird diese Prüfungspflicht vernachlässigt, so würde nach § 704 deliktmäßige Haftung eintreten. Diese Konsequenz entspricht nicht dem geltenden Rechte. Aus dem Inhalte des Eigenthumes ist nicht das an alle anderen Personen sich richtende Gebot zu entnehmen, bei einer jeden Besitzergreifung vorher und noch weniger bei Fortsetzung des Besitzes stets von Neuem zu prüfen, ob ein absolutes Recht auf den Besitz der Sache entgegenstehe, ebensowenig, wie nach § 34 des Reichs-Patentgesetzes derjenige, welcher eine Erfindung in Benutzung nimmt, dem Bestehen eines Patentschutzes nachzuforschen braucht. Würde eine Besitzerwerbungshandlung als Delikt behandelt, durch welche in fahrlässiger Unkenntniß des fremden Eigenthumes dieses verletzt wird, so würde sich ein innerer Widerspruch mit den Vorschriften über den vertragsmäßigen Erwerb von Rechten an Grundstücken und an beweglichen Sachen, über die Ersitzung beweglicher Sachen und über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers ergeben; denn diese Vorschriften würden alsdann den Erwerb eines Delinquenten begünstigen. Der Entwurf geht deshalb davon aus, daß eine Nachforschungspflicht des Besitzerwerbers, ob seine Handlung nicht etwa ein bestehendes fremdes Eigenthum beeinträchtige, in der Regel nicht bestehe, die Verabsäumung der Nachforschung mithin nicht die Besitzerwerbungshandlung

zu einem Delikte machen könne. Dem Eigenthümer bleibt überlassen, für die Publizität seines Rechtes durch Besitz oder Eintragung Sorge zu tragen. Dabei ist indessen nicht außer Acht zu lassen, daß die besonderen Umstände bei der Erwerbung des Besitzes dem Erwerber einen so dringenden Anlaß zur näheren Nachforschung bieten können, daß eine besondere Rechtsnorm eine solche Nachforschung auferlegt, wie denn eine Anwendung der Vorschrift des St. G. B. § 259 in diesem Sinne nicht ausgeschlossen ist. Soweit in Folge hiervon in der Besitzerwerbungshandlung eine Strafthat vorliegt, kann der Karakter der Handlung als eines zivilrechtlichen Deliktes nicht ausgeschlossen werden.

Was in Ansehung der Deliktsqualität von der Besitzerwerbung gilt, muß analog auch von der Erwerbung der Inhabung gelten; nur bezieht sich das Nichtwissen, dessen Verschuldetsein oder Unverschuldetsein außer Betracht bleibt, auf das Eigenthum des Besitzers, von welchem der Inhaber sein Recht zur Inhabung ableitet. Bezieht sich der Irrthum desjenigen, welcher die Inhabung der Sache erwirbt oder sonst über die Sache in einer einzelnen Richtung thatsächlich verfügt, auf das Recht zu einem solchen Handeln, so liegt ein besonderer Grund für die Befreiung des Handelnden von der Pflicht der Nachforschung über die Grenzen seines Rechtes gegenüber dem ihm bekannten Rechte des Eigenthümers nicht vor, es wird deshalb eine in fahrlässiger Unkenntniß über die Grenzen des eigenen Rechtes gegenüber dem Rechte des Eigenthümers vorgenommene Verfügung über die Sache als Delikt zu gelten haben.

Deliktseigenschaft des unredlichen Besitzes.

Weiter stellt sich die Frage, ob nicht wenigstens der unredliche Besitz Delikt sei. Der Thatbestand des unredlichen Besitzes läßt die Art und Weise der Erwerbung des Besitzes dahingestellt und setzt nur den Zustand des Besitzes, verbunden mit der Wissenschaft des Besitzers um die Fremdheit der Sache, voraus. Es bleibt mithin auch dahingestellt, ob die Wissenschaft eine anfängliche oder eine später eingetretene ist; man darf deshalb bei der Entscheidung der gestellten Frage nicht mehr als eine mala fides superveniens voraussetzen. Im Falle der mala fides superveniens ist der Deliktskarakter zu bezweifeln, weil das Beharren in dem bisherigen Zustande, abgesehen von den einzelnen an der Sache Schaden stiftenden Handlungen, keine positive That ist und nicht leicht als fortgesetztes Delikt aufgefaßt werden kann. Deshalb kann nur die in Wissenschaft fremden Rechtes vorgenommene Handlung der Erwerbung der Inhabung oder des Besitzes zweifellos als Delikt angesehen werden.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß, wenn das Gesetz schwiege, der unredliche Besitzer, welchem der Prozeßbesitzer aus später darzulegenden Gründen gleichzustellen ist, weder als Delinqent noch aus einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Obligation dem Eigenthümer haftbar sein würde, wobei zu bemerken ist, daß nach § 761 Abs. 1 Nr. 2 die Behandlung des malae fidei possessor als Geschäftsführer ohne Auftrag ausgeschlossen ist. Nur die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung würde bleiben, aber offenbar ein nicht genügendes und dem geltenden Rechte nicht entsprechendes Resultat ergeben. Es ist mithin das Schuldverhältniß zwischen dem malae fidei possessor und dem Eigenthümer als ein besonderes Legalschuldverhältniß selbständig zu ordnen. Die aus diesem Schuldverhältnisse sich ergebenden Ansprüche des Eigenthümers haben zwar das Eigenthum zur Grundlage, aber nur in demselben Sinne wie

Ansprüche aus Eigenthumsdelikten. Sie stehen mithin nicht dem gegenwärtigen Eigenthümer als solchem zu, wie der rein dingliche Wiederherstellungsanspruch, sondern demjenigen, welcher zur Zeit der verpflichtenden Thatsachen Eigenthümer war, und sie begleiten das veräußerte Eigenthum nur in Folge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zession.

Anspruch auf Herausgabe der Sache.

§ 929.

I. Feststellungsklage des Eigenthümers.

I. Ueber die Feststellungsklage des Eigenthümers enthält der Entwurf keine Bestimmung. Fallen Besitz und Eigenthum auseinander, so ist ein rechtliches Interesse an der Feststellung so klar vorliegend, daß es einer gesetzlichen Bestimmung, welche den Richter von einer Verkennung dieses Interesses abhalten soll, nicht bedarf. Mit der Feststellungsklage wird, wenn sie allgemein lautet, eine Feststellung begehrt, welchem von beiden Theilen das Eigenthum an der Sache zustehe, und in Folge hiervon (§ 293 Abs. 1 C. P. O.) steht das ergehende Urtheil der ferneren Geltendmachung eines im Prozesse nicht vorgebrachten Eigenthumserwerbungsgrundes entgegen. Mit dem Anspruche auf Herausgabe der Sache kann das Begehren eines die Eigenthumsfrage unter den Parteien erschöpfenden Feststellungsurtheiles verbunden werden. Ein solches Begehren bleibt die Voraussetzung für den entsprechenden Umfang der materiellen Rechtskraft des Urtheiles; es ist weder gerechtfertigt, eine gesetzliche Vermuthung eines solchen Begehrens aufzustellen, noch ist eine Besonderheit in Ansehung des auf eine Vindikation ergehenden Urtheiles zu bestimmen.

II. Anspruch auf Herausgabe. a) Voraussetzungen: 1. Eigenthum des Klägers,

II. Voraussetzungen der Rechtsnorm des § 929.

1. Der Kläger muß gegenwärtiger Eigenthümer der vindizirten Sache sein. Da jede einzelne Sache ihr gesondertes Eigenthumsschicksal hat, so gilt die Regel: quot res tot vindicationes. Das Erforderniß der hinreichend genauen Bezeichnung der einzelnen Sachen, mögen sie auch zu den Früchten der Hauptsache gehören, ergiebt sich aus der C. P. O. (§ 230 Abs. 1 Ziff. 2). Ueber die Vindikation von Sachgesammtheiten oder Inbegriffen von Sachen ist nichts Besonderes zu bestimmen; denn bei einer solchen Vindikation erhebt sich nur die prozessuale Frage, ob der Sammelname eine genügende Bezeichnung des Prozeßgegenstandes enthält. Kein Erforderniß ist es, daß die Sache eine selbständige sei, an welcher ein abgesonderter Besitz stattfindet; dieselbe kann vielmehr zur Zeit auch als (nicht wesentlicher) Bestandtheil mit einer anderen Sache verbunden sein. Es ist indessen kein Bedürfniß, dieses auszusprechen[1]; denn die möglichen Zweifel hängen mit nicht mehr bestehenden Eigenthümlichkeiten des römischen Vindikationsprozesses zusammen.

2. Besitz oder Inhabung des Beklagten.

2. Auf Seiten des Beklagten wird der Besitz oder die Inhabung der vindizirten Sache vorausgesetzt. Wenn das röm. Recht weiter ein controversiam movere seitens des Beklagten fordert[2]), so wird damit nur eine Voraussetzung

[1]) Sächs. G. B. § 311.

[2]) § 1 J. de act. 4,s.

bezeichnet, welche ſich erfüllen muß, damit es zu dem eigenthümlichen römiſchen Vindikationsprozeſſe kommen konnte, nicht aber eine Vorausſetzung, an deren Eintritt die Entſtehung des dinglichen Anſpruches ſich knüpft. Nur um die letztere Vorausſetzung handelt es ſich hier. Nach der Auffaſſung des Entwurfes wird der dingliche Anſpruch exiſtent und fällig, ſobald in Folge des Dazwiſchentretens eines Dritten der thatſächliche Zuſtand der in dem Rechte liegenden Herrſchaft über die Sache nicht mehr entſpricht. Der Zeitpunkt der Entſtehung des dinglichen Anſpruches iſt von Bedeutung für die Verjährung desſelben; die Enſtehung iſt nicht von einem Vorenthalten der Sache ſeitens des Beklagten abhängig zu machen, wie in Folge einer Reminiszenz an das röm. Recht in den neueren Geſetzgebungswerken zu geſchehen pflegt[1]).

Ficta possessio.

Dem Beſitze oder der Inhabung des Beklagten wird im Entwurfe nicht, wie im röm. Rechte, eine ficta possessio desjenigen, qui liti se obtulit oder qui dolo desiit possidere, gleichgeſetzt[2]).

An ein gerichtliches Geſtändniß des Beklagten über ſeinen Beſitz oder über ſeine Inhabung knüpfen ſich zunächſt lediglich prozeſſuale Folgen, ſoweit nicht etwa in einer abſichtlichen Täuſchung des Klägers ein Delikt zu finden iſt, deſſen Folgen ſich nach den allgemeinen Grundſätzen beſtimmen. Die weitere Folge des gerichtlichen Geſtändniſſes kann ſein, daß der Beklagte zur Herausgabe rechtskräftig verurtheilt und die Exekution gegen ihn verfügt wird, ohne daß ein Widerruf des Geſtändniſſes Berückſichtigung findet. Verläuft die Exekution fruchtlos, ſo kommt es nach § 778 der C. P. O. zu der nach den Vorſchriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilenden Liquidation des Intereſſes. Eine Lücke wird auch hier nicht entſtehen, da die allgemeinen Vorſchriften des Obligationenrechtes, insbeſondere die Vorſchriften über die Folgen der Nichterfüllung auf den Reſtitutionsanſpruch anwenddar bleiben. Man wird deshalb weder eine Vorſchrift über die deliktmäßige Haftung aus einer Täuſchung, wie ſolche das preuß. Recht enthält, aufzunehmen, noch einen dem röm. Rechte mehr oder weniger entſprechenden Satz aufzuſtellen haben[3]).

Durch die röm. ficta possessio desjenigen, qui dolo fecit, quominus possideat, wird der Unterſchied zwiſchen dem rein dinglichen Anſpruche und den aus einem rechtswidrigen Verhalten des Beſitzers entſtehenden perſönlichen Anſprüchen auf Schadenserſatz (§ 930) verdunkelt. Die verpflichtende Wirkung einer Veräußerung iſt deshalb in Uebereinſtimmung mit dem geltenden Rechte geregelt durch die weiteren Beſtimmungen über die Haftung aus einer an der Sache vorgenommenen Handlung, welche den Eigenthümer ſchädigt.

Dem Anſpruche auf Herausgabe ſoll nach dem Entwurfe ſowohl der Beſitzer als der Inhaber haften, weil ſowohl der Beſitz als die Inhabung einer

[1]) Preuß. A. L. R. I, 15 § 1; ſächſ. G. B. § 295; bayr. Entw. III Art. 153; heſſ. Entw. II, 3 Art. 6.

[2]) Die Beſtimmungen über die ficta possessio ſtehen mit dem röm. Zivilprozeſſe im Zuſammenhange und werden auf die clausula doli in der satisdatio judicatum solvi zurückgeführt; v. Bethmann-Hollweg, röm. Civ. Proz. Bd. 2 § 90 Note 38.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 15 §§ 12—14; ſächſ. G. B. §§ 299, 304; bayr. Entw. III Art. 173, heſſ. Entw. II, 3 Art. 16; öſterr. G. B. § 377.

anderen Person der thatsächlichen Verwirklichung des Eigenthumes im Wege steht; nur wird die Art der Erfüllung der Restitutionspflicht eine verschiedene sein, je nachdem der Beklagte die Sache inne hat oder demselben nur Restitutionsansprüche gegen den für ihn detinirenden Inhaber zustehen. Der Herausgabeanspruch richtet sich nicht nur gegen denjenigen Inhaber, welcher für einen Dritten detinirt, sondern auch gegen den Inhaber, welcher für den klagenden Eigenthümer und Besitzer die Sache inne hat. Möglich ist, daß der Inhaber, z. B. als Finder nicht für eine bestimmte Person, sondern für den künftig sich legitimirenden Eigenthümer innehaben will, mithin zeitweilig nur ein Inhaber, nicht aber ein Besitzer der Sache vorhanden ist.

b) Inhalt des Anspruches.

III. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß dem Eigenthümer der Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Inhaber oder den Besitzer zusteht. Wollte man den rein dinglichen Anspruch, wie in der römisch-rechtlichen Doktrin vielfach geschieht, lediglich auf ein Unterlassen — des ferneren Besitzes oder der ferneren Inhabung — gehen lassen, so würde man den Inhalt des Anspruches zu eng fassen; denn mit der bloßen Unterlassung ist dem Eigenthümer noch nicht ein sicherer Weg zur Herstellung des seinem Rechte entsprechenden Zustandes eröffnet. Auf die Herausgabe finden die Vorschriften der §§ 803—805 über den konsensualen Besitzwechsel, welche auch für die Einräumung der Inhabung analog gelten, Anwendung; es muß also der Herausgabepflichtige den Besitzwillen oder den Inhabungswillen nicht nur aufgeben, sondern durch eine Erklärung gegenüber dem Eigenthümer und zu Gunsten des Eigenthümers aufgeben. Schon hieraus erhellt, daß der Herausgabepflichtige zu einer gewissen positiven Thätigkeit verbunden ist. Eine Pflicht zu einer noch weiter gehenden positiven Thätigkeit ergiebt sich bei beweglichen Sachen daraus, daß dieselben in den Bereich der unmittelbaren Wahrnehmung und der möglichen Apprehension gebracht werden müssen. Es würde nur ein Umweg sein, wenn man diese in Ansehung der zu restituirenden beweglichen Sachen bestehende Pflicht als eine Pflicht zur Exhibition auffassen wollte, zu welcher dann noch die Räumungserklärung hinzutreten müßte.

Mit der Herausgabe der Sache wollen die Betheiligten eine Veränderung im Rechte an der Sache nicht hervorbringen; die Herausgabe wird deshalb nicht als Rechtsgeschäft, sondern nur als Rechtshandlung aufzufassen sein. Gegenstand der Leistung ist nicht ein Recht, sondern die Verschaffung des Besitzes oder der Inhabung, also ein an der fremden Sache zu leistender Dienst. In ihrem wesentlichen Inhalte ist diese Leistungspflicht, welche dem Besitzer oder Inhaber gegenüber dem Eigenthümer als solchem obliegt, von der Herausgabepflicht, welche auf obligatorischer Grundlage beruht, insbesondere von der Herausgabepflicht des Miethers, Mandatars, Depositars nicht verschieden. Die in einem Rechte an der Sache sich gründenden Ansprüche, welche auf Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes gehen, werden zwar immer von den Forderungsrechten, bei welchen die Personen des Gläubigers und des Schuldners von vornherein gegeben sind, sich unterscheiden; aber, sofern die dinglichen Ansprüche gegen eine bestimmte Person sich richten und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationsähnlichen Karakter an. Diese Aehnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der

allgemeinen Vorſchriften des Obligationenrechtes auf die gegen eine beſtimmte Perſon ſich richtenden dinglichen Anſprüche. Der Entwurf geht von der inneren Berechtigung dieſer analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare Lücke ſich ergeben würde. Dabei erſchien die Aufnahme einer Beſtimmung über die entſprechende Anwendbarkeit der allgemeinen Vorſchriften des Obligationenrechtes nicht angemeſſen, da es ſich mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wiſſenſchaft zu überlaſſende Rechtswahrheit als um einen poſitiven Rechtsſatz handelt. Von beſonderer Wichtigkeit iſt die analoge Anwendung der Vorſchriften über die Folgen der Nichterfüllung der Obligation und der Vorſchrift des § 223, welche die dem abgefundenen Eigenthümer zuſtehenden Anſprüche auf den Abfindenden überträgt.

Leiſtungsort und Koſten der Herausgabe.

IV. Ueber den Leiſtungsort und über die Koſten der Herausgabe enthält der Entwurf keine beſondere Beſtimmung[1]). Nach § 229 iſt der Leiſtungsort bei einer geſetzlichen Schuldverbindlichkeit, wie ſolche hier in Frage ſteht, zunächſt dem geſetzlichen Inhalte der Verbindlichkeit zu entnehmen. Die ſubſidiäre in § 230 gegebene Regel, welche den Wohnſitz des Schuldners zur Zeit der Entſtehung des Schuldverhältniſſes entſcheiden läßt, paßt nicht. Man wird alſo bei Ermittelung des Leiſtungsortes auf die geſetzlichen Vorſchriften zurückzugehen haben, welche den Inhalt der Leiſtungspflicht beſtimmen. Da der Inhaber bezw. der Beſitzer vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit in befugter Weiſe über den Ort der Aufbewahrung der Sache beſtimmen, ſo können ſie in keiner Weiſe aus ihren thatſächlichen Verfügungen haften und kann die Herausgabe der Sache mittels Klage nur da begehrt werden, wo die Sache ſich befindet. Nach Eintritt der mala fides oder der Rechtshängigkeit iſt auch in Beziehung auf den Ort der Aufbewahrung fürſorglich zu verfahren. Dieſer Ort iſt deshalb zwar nicht willkürlich zu beſtimmen, aber eine Ortsveränderung kann ſehr wohl der Befugniß und der Verpflichtung des Beſitzers oder Inhabers entſprechen. Hier wie im Deliktsfalle, wo die Reſtitution am Orte der Wegnahme in der Schadenserſatzpflicht liegt, wird der geſetzliche Inhalt der Leiſtungspflicht einen genügenden Anhalt bieten, während eine für alle Fälle paſſende geſetzliche Fixirung des Leiſtungsortes mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſein würde.

c) Abtretbarkeit.

V. Ueber die Abtretbarkeit des Anſpruches auf Herausgabe enthält der Entwurf keine beſondere Beſtimmung. Man wird alſo anzunehmen haben, daß die allgemeinen Vorſchriften des Obligationenrechtes über die Abtretung von Forderungsrechten auch auf die Abtretung des Herausgabeanſpruches Anwendung zu finden haben, ſoweit ſich nicht aus der dinglichen Natur dieſes Anſpruches ein Hinderniß ergiebt. Der Herausgabeanſpruch bezweckt die Herſtellung desjenigen Zuſtandes, welcher dem Inhalte des bei dem Eigenthümer verbleibenden Rechtes entſpricht. Folglich kann der abgetretene Anſpruch ſich nicht gegen den Eigenthümer richten; denn, wenn dieſer die Sache hat, ſo iſt der dem Rechte entſprechende Zuſtand hergeſtellt. Der Anſpruch geht auf die

---

[1]) Zu vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 220, ſächſ. G. B. § 310, bayr. Entw. Art. 168, 169.

Naturalrestitution, welche in dem Hinüberreichen der Sache besteht, also auf eine Dienstleistung.

Ein Zweifel könnte dahin erhoben werden, ob der Eigenthümer das Mittel zur Realisirung des Inhaltes seines Rechtes von demselben durch die Abtretung abveräußern, also auf diese Weise den Inhalt seines Rechtes sachlich mindern und schwächen oder ob der Zession der Vindikation nur eine obligatorische Wirkung unter den Betheiligten beigelegt werden könne. Der Entwurf beruht auf der Anschauung, daß zwar Abtretung der Vindikation und Uebertragung des Eigenthumes wohl zu unterscheiden, aber doch eine dingliche Bindung des Abtretenden anzunehmen sei. Es wird nicht bestritten werden können, daß die Abtretung der Vindikation in vielen Fällen einem praktischen Bedürfnisse dient, da ohne sie der nichtbesitzende Eigenthümer außer Stande sein würde, einem Anderen ein unverbringliches und unwiderrufliches Recht auf Erlangung der Sache gegenüber allen dritten Inhabern zu verschaffen. Besonders in dem Falle der Uebertragung eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft (§ 313) würde die Nichtübertragbarkeit des Eigenthumsanspruches im Verkehre als ein Mangel empfunden werden; der Ausschluß der Uebertragung des Eigenthumsanspruches würde nicht harmoniren mit der Vorschrift des § 222, welche die im Eigenthume sich gründenden Ansprüche auf denjenigen überträgt, welcher den Eigenthümer für den Verlust der Sache entschädigt hat. Auch für den Fall des Konkurses des Eigenthümers werden sich aus der dinglichen Bindung desselben durch die Abtretung unlösbare Schwierigkeiten nicht ergeben. Hatte die Abtretung den Zweck, die Tradition zu vermitteln und dem anderen Theile das Eigenthum der beweglichen Sache zu verschaffen, so wird die Erreichung dieses Zweckes durch den Dazwischentritt des Konkurses vereitelt und kann die Sache aus den Händen des Zessionars zur Masse eingefordert werden. Die Abtretung der Vindikation kann übrigens auch anderen Zwecken als dem Zwecke der Eigenthumstradition dienen, denn es kann beabsichtigt sein, die Inhabung behufs der Ausübung eines sonstigen dinglichen oder obligatorischen Rechtes zu verschaffen.

Schuldverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer bezw. dem Inhaber.

§§ 930—932.

Die im Eigenthume sich gründenden persönlichen Ansprüche.

1. Während die Vorschrift des § 929 über die verpflichtende Wirkung bestimmt, welche der gegenwärtige mit dem Inhalte des Eigenthumes in Widerspruch stehende Besitzstand für den Besitzer oder den Inhaber hat, werden in den §§ 930—932 diejenigen Verpflichtungen bestimmt, welche aus dem der Vergangenheit angehörenden Besitzstande sich ergeben. Dabei kommt nur das Schuldverhältniß des Besitzers und des Vertreters desselben in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt gegenüber dem Eigenthümer in Betracht, nicht aber das Schuldverhältniß des Inhabers, welcher die Sache für den ihm bekannten oder vielleicht auch unbekannten Eigenthümer detinirt. Dieses letztere Schuldverhältniß bestimmt sich nach den Vorschriften über

die Legalobligationen des Nießbrauchers, Finders ꝛc. und über die Obligationen aus Verträgen. Daneben können unter Umständen die Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen und aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Anwendung gelangen.

Haftung wegen der Nutzungen;

2. Der erste Absatz des § 930 enthält eine positive Ausnahme von den Bestimmungen über die Haftung des Besitzers oder des Inhabers aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern die Bereicherung in den Nutzungen besteht, welche der Besitzer oder der Inhaber aus der fremden Sache gezogen hat und welche nach der Vorschrift des § 748 Abs. 1 herauszugeben sein würden. Die Vorschrift lautet zu Gunsten des Besitzers oder desjenigen, welcher für denselben die Sache inne hatte, und nicht etwa zu Gunsten des redlichen Besitzers oder Inhabers, weil nicht ein auf besonderer thatsächlicher Grundlage beruhender guter Glaube zur Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm zu machen ist, sondern für den Fall der mala fides in den folgenden Paragraphen Ausnahmen von der aufgestellten Regel zu bestimmen sind. Die Vorschrift über die Nichtkondizirbarkeit der Nutzungen entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]). Durch diese Vorschrift wird nur die Herausgabepflicht des Besitzers verneint, nicht aber ein Recht des Besitzers zur Beziehung der Nutzungen bestimmt. Die Frage nach einem solchen Rechte ist von Bedeutung in Ansehung der vorhandenen natürlichen Früchte. Nur insoweit dem redlichen Besitzer nach § 900 das Eigenthum an den unter den Fruchtbegriff fallenden getrennten Bestandtheilen zugesprochen ist, ist derselbe vindikationsfrei gestellt.

Die regelmäßige Kondizirbarkeit der von dem Besitzer oder dessen Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt gezogenen Nutzungen würde zu einer Ueberspannung des Eigenthumsschutzes führen, zu den Vorschriften über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers nicht passen und eine schadenbringende Haftung ohne Verschulden des Haftenden entstehen lassen. Aus diesen Gründen läßt der Entwurf nur nach den Ausnahmebestimmungen der folgenden Paragraphen eine Haftung des Besitzers bezw. Inhabers eintreten.

wegen Verbrauches der Substanz;

3. In Ansehung der Bereicherung durch Verbrauch der Substanz der fremden Sache läßt es der Entwurf bei der Regel des § 748, deren Anwendbarkeit so zweifellos ist, daß dieselbe einer Verdeutlichung nicht bedarf. Nach § 880 steht dem Verbrauche die von dem Nichteigenthümer wirksam vorgenommene Veräußerung gleich. Durch eine Veräußerung des Nichteigenthümers, in Folge deren der Erwerber das Eigenthum nicht erwirbt, wird das Vermögen des Eigenthümers überall nicht gemindert, da die Sache ebenso gut von dem Erwerber vindizirt werden kann, wie sie von dem Veräußerer vindizirt werden konnte. Eine Kondiktion des Eigenthümers gegen den Veräußerer ist deshalb nicht und wird auch nicht durch den nachträglichen Umstand begründet, daß die Sache in den Händen des Erwerbers untergeht oder ersessen wird, wenn auch der Veräußerer durch diese späteren Thatsachen eviktionsfrei wird; denn

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 189, 190; sächs. G. B. §§ 244, 308; code civil Art. 549, 550; österr. G. B. § 330; bayr. Entw. III Art. 163; hess. Entw. II, 3 Art. 21. Abweichend: bayr. L. R. II, 2 § 10 Nr. 2; zür. G. B. § 509 Abs. 2.

der Eigenthümer hat die Gefahr des Unterganges und der Ersitzung der Sache zu tragen, und die für den Veräußerer aus diesen Vorgängen erwachsende vortheilhafte Nebenwirkung ist nicht ein durch eigene Handlungen aus einer fremden Sache erlangter Vortheil.

wegen Beschädigung der Sache.

4. Wenn auch in dem Zustande des Besitzers oder Inhabers niemals ein Delikt gefunden werden kann, so würden doch die einzelnen während dieses Zustandes an der Sache vorgenommenen Handlungen, welche Schaden stiften und damit das Recht des Eigenthümers beeinträchtigen, dem Begriffe des Deliktes unterstellt werden müssen, wenn vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt ist. Der § 930 verneint der Regel nach die Haftung aus solchen Handlungen, somit auch die deliktmäßige Haftung. In letzterer Hinsicht wird auch in § 935 keine Ausnahme bestimmt. Der schädigende Besitzer oder Inhaber kann mithin nur auf Grund der in §§ 931 bis 933 bestimmten Legalhaftung, also nicht als Delinquent im eigentlichen Sinne, in Anspruch genommen werden. Eine positive Beschränkung der deliktmäßigen Haftung liegt insofern vor, als der in verschuldetem Irrthume über den Mangel des Rechtes zum Besitze handelnde Besitzer oder Inhaber haftfrei gestellt wird.

Beschränkung der Haftung des Inhabers.

5. Die begünstigende Vorschrift des § 930 wird von dem Besitzer auf den Vertreter desselben in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt erstreckt, weil auch diesem der Umstand, daß der Besitzer in Wirklichkeit nicht Eigenthümer war, in Ansehung der gezogenen Nutzungen nicht zum Nachtheile gereichen und denselben nicht einer sonst möglichen Kondiktion des Eigenthümers aussetzen soll. Die Vorschrift trifft nicht den Fall, daß dem Inhaber das vermeintliche dingliche oder obligatorische Recht zur Beziehung der Nutzungen, welches er vom Eigenthümer ableitet, in Wirklichkeit fehlt. Einem solchen Putativberechtigten gegenüber ist weder die Kondiktion noch, in Ansehung der vorhandenen Früchte, die Vindikation des Eigenthümers durch eine positive Ausnahmevorschrift beschränkt, und zwar auch dann nicht, wenn bei dem Irrthume des vermeintlichen Berechtigten über sein Recht keinerlei Verschulden des Irrenden obwaltete; denn durch die positiven Vorschriften über den Fruchterwerb des Besitzers und über die Kondiktionsfreiheit desselben soll nur ein aus dem Nichteigenthume des Besitzers für diesen wie auch eventuell für den Detentor desselben sich ergebender Nachtheil abgewehrt werden. Eine Begünstigung des Inhabers der Sache, welcher sich irrthümlich ein Nutzungsrecht an derselben zuschreibt, gegenüber dem Eigenthümer würde nicht gerechtfertigt sein.

Vindizirbarkeit der vorhandenen Früchte.

6. Die Vorschriften der §§ 898—902, durch welche dem Eigenthümer, dem Besitzer oder einem Nutzungsberechtigten das Eigenthum an getrennten Bestandtheilen, insbesondere an getrennten Erzeugnissen der Sache, zugesprochen wird, enthalten gegenüber der Vorschrift des § 930 Abs. 1 die höheren Rechtsnormen. Aus dem ersten Absatze des § 930 könnte gefolgert werden, daß der redliche Inhaber solche unter den Begriff der Früchte fallende getrennte Bestandtheile nicht herauszugeben habe, welche nach den Vorschriften des § 900 Nr. 1, 2 in dem Eigenthume des Vindikanten geblieben und auch nicht etwa nach den Vorschriften der §§ 899, 901, 902 in das Eigenthum des beklagten Inhabers gelangt sind, ferner, daß der redliche Besitzer der Herausgabepflicht in Ansehung

von Früchten auch dann nicht unterliege, wenn die Herausgabepflicht auf Früchte sich bezieht, deren Eigenthum ihm nicht erworben ist, weil er den Besitz der Sache durch eine strafbare Handlung erworben hat (§ 900 Nr. 2). Derartigen unrichtigen Folgerungen wird durch die Vorschrift des § 930 Abs. 2 entgegengetreten, weil das Verhältniß der Vorschrift des § 930 Abs. 1 zu den Vorschriften der §§ 898—902 leicht verkannt werden könnte. Die in dem Eigenthume des Vindikanten verbliebenen abgetrennten Bestandtheile der Sache sind selbständige Gegenstände der Vindikation.

Haftung des unredlichen Besitzers.

7. Die Vorschriften des § 931 bestimmen die obligatorischen Folgen des Umstandes, daß der Besitzer von dem Mangel seiner Berechtigung zum Besitze Kenntniß hat. Dem Wissen ist das schuldvolle Nichtwissen auch hier wie in § 900 nicht gleichgesetzt. Die mala fides ist als Kenntniß vom Nichteigenthume um deswillen nicht bezeichnet, weil eine Berechtigung zum Besitze auch ohne Eigenthum des Besitzers denkbar bleibt, z. B. wenn das verkaufte Grundstück vor der Auflassung übergeben ist. Wenn nach dem in den Vorbemerkungen Gesagten der unredliche Besitz nicht als ein Delikt aufgefaßt werden kann so kann eine Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers nur in Folge einer Rechtsnorm entstehen, welche denselben verpflichtet, in einer gewissen Weise mit der Sache zu verfahren. Die Kenntniß von der Fremdheit der Sache rechtfertigt die Verbindlichkeit des Wissenden, mit der Sache so zu verfahren, daß sein Verfahren dem Eigenthümer nicht zum Schaden gereicht. Die Verpflichtung des Besitzers muß also auf Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache gehen, d. h. der Besitzer hat für den in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes herbeigeführten Abgang an Sache und Nutzungen und für die versäumte Erzielung von Nutzungen einzustehen. Weil der Besitzer für die Nutzbarmachung zu sorgen hat, wird ihm die Herausgabe der wirklich gezogenen Nutzungen schlechthin auferlegt, also auch der mit den besonderen Ziehungsmitteln des Besitzers gezogenen Nutzungen, welche der Eigenthümer nicht gezogen haben würde, deren Ziehung deshalb nicht als eine auf Kosten des Eigenthümers gemachte ungerechtfertigte Bereicherung gelten und für welche auch nicht ein Ersatz aus dem Gesichtspunkte der Schadensliquidation bei Unterstellung eines Deliktes gefordert werden könnte. In dieser Beziehung geht mithin die Haftung des unredlichen Besitzers über die Haftung des deliktmäßigen Besitzers (§ 935) hinaus.

Standpunkt des röm. Rechtes.

Das röm. Recht hat, statt das zwischen dem unredlichen Besitzer und dem Eigenthümer stattfindende Schuldverhältniß durch materielle Rechtsnormen zu bestimmen, dem Eigenthümer durch die Aufstellung von besonderen Prozeßregeln für den Vindikationsprozeß geholfen. Die in rem actio ging eigentlich nur auf Herstellung des dem Eigenthume entsprechenden Zustandes und konnte somit dem Kläger nur zur Erlangung der Sache, wie sie zur Zeit war, verhelfen. Der rein dingliche Karakter der Klage erlitt durch das Hineinziehen einer vor dem Prozeßbeginne liegenden Handlungsweise des Beklagten — des commissum, l. 42 D. de R. V. 6,1 — eine Modifikation. Konnte die Sache in Folge eines von dem Besitzer zu vertretenden Umstandes nicht im unversehrten Zustande herausgegeben werden, so wurde er zur Leistung des Interesses verurtheilt. Bezüglich der Fruchterstattung ist nicht ganz unbestritten, ob der

unredliche Beſitzer auch für denjenigen Gewinn haftet, welchen er vor dem Prozeßbeginne ſchuldvoll zu machen verſäumt hat. Der römiſche Richter wurde angewieſen, die auf dolus praeteritus oder culpa praeterita begründeten personales praestationes zuzubilligen, obwohl eine ſolche Zubilligung mit der Natur des Judiziums nicht im Einklange ſtand — „etsi in rem actio sit“, l. 25 § 18 D. de her. pet. 5, 3.

Die neueren Geſetzgebungen.

Die Gerichtsregel iſt im modernen Rechte zur Rechtsregel geworden. Dabei folgen die modernen Geſetzgebungen der Redeweiſe der römiſchen Quellen inſofern, als nicht die Erhaltungs- und Nutzbarmachungspflicht des unredlichen Beſitzers unmittelbar, ſondern nur mittelbar durch Bezeichnung der dem unredlichen Beſitzer eventuell obliegenden Leiſtungen, Erſatz des an der Sache entſtehenden Schadens und der fructus percipiendi, beſtimmt wird[1]). Nur wird nicht immer — beſonders im preuß. Rechte — der Geſichtspunkt feſtgehalten, daß der unredliche Beſitzer nur für die Folgen einer Vernachläſſigung der Sache und der Fruchtziehung, nicht aber für denjenigen Schaden einzuſtehen hat, welcher daraus entſteht, daß dem Eigenthümer der Beſitz der Sache gefehlt hat.

Analogie der Geſchäftsführung.

Es könnte wünſchenswerth erſcheinen, die Fürſorgepflicht des unredlichen Beſitzers durch Anlehnung an ein im Obligationenrechte geordnetes ähnliches Schuldverhältniß zu ordnen und auf dieſem Wege eine nähere Beſtimmung nach allen Richtungen zu erzielen. Man könnte hierbei an das Schuldverhältniß aus der negotiorum gestio denken. In der gemeinrechtlichen Doktrin[2]) wird hervorgehoben, daß die Richtung der hereditatis petitio gegen denjenigen, welcher wirkliche Erbſchaftsſachen nicht mehr beſitzt, aber deren Surrogate in ſeinem Vermögen hat, aus dem Geſichtspunkte der Geſchäftsführung für die Erbſchaft am einfachſten erklärt werden könne, und daß dieſer Geſichtspunkt bei der Vindikation dieſelbe Bedeutung habe. Die wiſſentliche Behandlung der fremden Sache als einer eigenen iſt bei der malae fidei possessio kein Delikt; es läßt ſich deshalb auch nicht einwenden, daß die Behandlung eines Delinquenten als Geſchäftsführers unpaſſend und wegen des Umfanges der Deliktshaftung überflüſſig ſei. Dagegen iſt der Einwand zutreffend, daß eine nach ſubjektiven Rückſichten auf die Perſon des Eigenthümers ſich beſtimmende Fürſorgepflicht für den Fall des unredlichen Beſitzes nicht paßt und daß dem geltenden Rechte ſolche ſubjektiven Rückſichten unbekannt ſind. In Anbetracht, daß die Perſon des Eigenthümers dem Beſitzer in der Regel nicht bekannt ſein wird, es ſei denn, daß die Sache durch den Beſitzer dem Eigenthümer entzogen iſt und alſo eine deliktmäßige Haftung ſtattfindet, wird die Beſtimmung der Fürſorgepflicht nach objektiven Merkmalen im Weſentlichen dasſelbe praktiſche Reſultat liefern, wie die Beſtimmung derſelben aus dem Geſichtspunkte einer negotiorum gestio des unredlichen Beſitzers, bei welcher derſelbe gleich einem für einen noch unbeſtimmten Berechtigten detinirenden Sequeſter behandelt wird, und bei welcher deshalb eine ſubjektive Rückſicht-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 229, 240, 241; bayr. L. R. II, 2 § 11; ſächſ. G. B. § 304—309; bayr. Entw. III Art. 162, 174; heſſ. Entw. II, 3 Art. 19, 20. Vergl. Zachariä, franz. Civ. R. Bd. 1 § 218, Aubry et Rau, cours de droit civ. t. II § 219.

[2]) Wetzell, der röm. Vindikationsprozeß S. 151.

nahme wegfällt. Es ist mithin vorzuziehen, hier, wie im Falle des Fundes auch geschehen, das aus dem unredlichen Besitze sich ergebende Schuldverhältniß selbständig zu regeln. Der Besitzer soll Sorge tragen, daß die Sache und die zu derselben hinzutretenden Nutzungen — welche selbst Sachen, aber auch andere Gegenstände, z. B. Ansprüche gegen Dritte vermöge eines subjektiv-dinglichen Rechtes, sein können — keine Minderung erleiden, daß vielmehr die bei wirthschaftlichem Verfahren zu erzielende Vergrößerung des Vindikationsobjektes durch Ziehung der Nutzungen eintrete. Nicht alle im Einzelnen sich ergebenden Fragen werden durch die Vorschrift des Entwurfes entschieden, insbesondere nicht, wie der unredliche Besitzer haftet, wenn er den Besitz oder die Inhabung aufgegeben oder durch eigene Schuld sonst verloren hat, wie die Haftung mehrerer auf einander folgender unredlicher Besitzer sich gestaltet, ob die dem Verderben ausgesetzten Sachen zu veräußern sind (vergl. § 911), ob eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung (vergl. § 751) stattfindet. Den Vorschriften des § 931 wird unschwer ein allgemeines Prinzip entnommen werden können, aus welchem die Beantwortung aller Einzelfragen sich ergiebt. Selbständige Regelung des Verhältnisses.

8. Das sächs. G. B. § 309 stellt die nach beiden Seiten hin geltende Vermuthung auf, daß ein mittlerer Durchschnittsertrag an Früchten, nicht mehr und nicht weniger, erzielt worden oder bei sorgsamer Fruchtziehung zu erzielen gewesen sei, und läßt in § 743 die gleiche Vorschrift für alle Fälle der Verpflichtung zur Erstattung von Nutzungen wegen Verzuges gelten. Der Entwurf sieht von der Aufstellung einer solchen Vermuthung hier wie an anderer Stelle ab, weil bei der freien Beweiswürdigung des Richters, wie solche nach der C. P. O. insbesondere für Schadensansprüche gilt, ein Bedürfniß derartiger Vorschriften nicht vorliegt. Durchschnittsbetrag der Nutzungen.

9. Wenn in § 931 als die herauszugebenden Nutzungen diejenigen bezeichnet werden, welche nach dem entscheidenden Zeitpunkte gezogen sind, so ist als Zeitpunkt der Ziehung bei natürlichen Früchten nach § 900 der Zeitpunkt der Trennung und bei den bürgerlichen Früchten der in § 794 Abs. 1 Ziff. 2, 3 bezeichnete Zeitpunkt zu verstehen, ohne daß es einer Erläuterung im Gesetze bedürfen wird. Zeitpunkt für die Ziehung der Nutzungen.

10. Dem in Kenntniß von dem Rechtsmangel beginnenden unredlichen Besitze wird in § 931 Abs. 2 der durch eine strafbare Handlung erlangte Besitz gleichgesetzt. Diese Gleichsetzung entspricht der Gleichbehandlung beider Arten von Besitz in Ansehung des Fruchterwerbes in § 900. Würde nichts bestimmt, so würde der deliktmäßige, dabei aber trotzdem nicht unredliche Besitzer nach § 935 für Schadensersatz haften, nicht aber der im § 931 Abs. 1 bestimmten Haftung unterliegen. Letztere Art der Haftung kann unter Umständen die umfassendere sein, nämlich dann, wenn der Besitzer Nutzungen, insbesondere Gebrauchsvortheile gezogen hat, welche der Eigenthümer nicht gezogen haben würde, deren Erstattung mithin nicht unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes oder einer ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Vermögen des Eigenthümers gefordert werden kann. Das Prinzip des § 900 führt dazu, daß der qualifizirte deliktmäßige Besitzer dieser umfassenderen Haftung unterliegen muß, weil die Gebrauchsvortheile ihm nicht gelassen werden können, während die Vortheile aus den Früchten ihm versagt werden. Strafbare Handlung.

Die Vorschrift hat übrigens einen praktischen Zweck; ein allgemeines Prinzip, nach welchem der qualifizirte deliktmäßige Besitz als unredlicher Besitz zu gelten hätte und diese Fiktion auf alle Nachfolger im Besitze, welche von jener Qualifikation Kenntniß gehabt, zu erstrecken wäre, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Ein solches Prinzip würde viel zu weit tragen.

Haftung des Inhabers:

11. Die Haftung des Inhabers ist in ihren Voraussetzungen und in ihren Folgen nach mehreren Richtungen von der Haftung des Besitzers verschieden gestaltet.

a) wegen eines Rechtsmangels in der Person des Besitzers,

a) Die mala fides des Inhabers bezieht sich auf den Rechtsmangel in der Person des Besitzers. Eine mala fides des Inhabers, welche sich auf seine Berechtigung zur Inhabung der Sache im Verhältnisse zum Besitzer bezieht, kommt dem vindizirenden Eigenthümer gegenüber nicht in Betracht. Diesem gegenüber ist der Inhaber soweit gedeckt, als der redliche Besitzer nach § 930 haftfrei bleibt, wodurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen wird, daß der Inhaber dem von ihm in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt vertretenen Besitzer aus einem zwischen diesen beiden Personen bestehenden Obligationsgrunde haftet.

b) im Falle beiderseitiger Unredlichkeit,

b) Bei beiderseitiger Unredlichkeit muß sowohl der Besitzer als der Inhaber verpflichtet sein, mit der Sache so zu verfahren, wie solches dem ihnen bekannten fremden Eigenthume entspricht (§ 932 Abs. 1 Satz 1). Es liegt weder eine ipso jure getheilte Schuld noch ein Gesammtschuldverhältniß noch auch eine gemeinschaftliche Schuld vor, sondern ein Jeder wird verpflichtet, insoweit er die ihm in Ansehung der Sache obliegenden Verbindlichkeiten gegenüber dem Eigenthümer verletzt hat.

c) wegen einer strafbaren Handlung des Besitzers,

c) In dem zweiten Satze des ersten Absatzes des § 932 wird der Kenntniß des Inhabers von dem Rechtsmangel in der Person des Besitzers die Kenntniß von der strafbaren Handlung des Besitzers gleichgestellt, welche die Voraussetzung für die fingirte mala fides des Besitzers bildet.

d) wegen eigener Unredlichkeit,

d) Der zweite Absatz des § 932 betrifft den Fall, wenn lediglich in der Person des Inhabers Unredlichkeit vorliegt, während der Besitzer redlich ist und auch keiner die Fiktion der Unredlichkeit nach sich ziehenden Handlung sich schuldig gemacht hat. Die durch die Redlichkeit des Besitzers für diesen begründete Rechtsposition, nach welcher er Eigenthum an den Früchten erwirbt und wegen der sonstigen von ihm gezogenen Nutzungen nicht haftet, muß, so weit sie reicht, auch den Inhaber von der Haftung befreien und zwar nicht blos in Ansehung der mit der Trennung in das Eigenthum des Besitzers gelangten Früchte, sondern überhaupt in Ansehung der Erstattung der Nutzungen; denn durch eine Haftung des Inhabers könnte mittelbar der Besitzer getroffen werden. Bestehen bleibt in einem solchen Falle die Haftbarkeit des Inhabers für den von ihm durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstanden ist, ingleichen die deliktmäßige Haftung des Inhabers nach § 935, wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt, an welcher der Inhaber sich betheiligt hat.

e) wegen alleiniger Unredlichkeit des Besitzers.

e) Der Inhaber ist redlich, der Besitzer ist unredlich. Eine besondere Vorschrift ist für diesen Fall nicht nöthig. Nach § 930 ist der Inhaber wegen Schadens an der Sache und an den Nutzungen gegenüber dem Eigenthümer

von der Haftung frei, wenn er auch möglicherweise gegenüber dem von ihm vertretenen Besitzer dieserhalb verhaftet und der Besitzer in Ansehung der ihm gegen den Inhaber zustehenden Ansprüche herausgabepflichtig ist. Der Erwerb des Eigenthumes an den abgetrennten Bestandtheilen, welche nach dem zwischen dem Besitzer und dem Inhaber bestehenden Rechtsverhältnisse in das Eigenthum des letzteren fallen sollten, beurtheilt sich nach den Vorschriften über den vertragsmäßigen Erwerb des Eigenthumes an beweglichen Sachen in gutem Glauben (§§ 877—879; vergl. auch § 901).

Haftung des Prozeßbesitzers.

§ 933.

1. Die pflichtmäßige Behandlung der streitigen Sache während des Prozesses wurde im früheren röm. Rechte rechtsgeschäftlich, bei der actio in rem per sponsionem durch die sponsio pro praede litis et vindiciarum, bei der formula petitoria durch die satisdatio judicatum solvi, gesichert. Zur Zeit Justinians fand eine solche Kaution nicht mehr statt. An die Stelle eines zu erzwingenden Vertrages trat eine unmittelbar aus gesetzlicher Vorschrift entspringende Verbindlichkeit. Die römischen Juristen haben dieses Schuldverhältniß nicht definirt, sondern nur die einzelnen Konsequenzen desselben angegeben[1]). Aus diesen Konsequenzen ist das Prinzip ersichtlich, daß, abgesehen von einer Haftung des Beklagten aus Verzug oder Delikt, der Beklagte zwar nicht für den Schaden haftet, welcher dem Kläger aus dem Unterbleiben der sofortigen Restitution im Anfange des Prozesses erwächst, wohl aber verpflichtet ist, während des Prozesses auf die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache alle Sorgfalt zu verwenden, damit der Gegenstand der schließlichen Restitution, die Sache nebst den Prozeßnutzungen, nicht vermindert werde. Dabei wird dem unredlichen Besitzer die Gefahr des Unterganges der Sache oder der vorhandenen Früchte auferlegt, wenn nicht erweislich dieser Untergang Sache und Früchte auch im Falle sofortiger Restitution getroffen haben würde. Das geltende Recht schließt sich im Wesentlichen dem röm. Rechte an[2]); doch ist ihm eine verschiedene Behandlung des Prozeßbesitzers, je nachdem derselbe redlicher oder unredlicher Besitzer ist, fremd. Nur die Fälle des deliktmäßigen Besitzes und des Verzuges werden besonders behandelt. Der Entwurf folgt dem geltenden Rechte. Daß überhaupt ein Prozeßbesitz stattgefunden hat und die Sache nicht sofort restituirt ist, braucht von dem Beklagten nicht vertreten zu werden und zwar auch dann nicht, wenn derselbe unredlicher Besitzer war; denn der unredliche Besitzer ist berechtigt und im Interesse des wahren Eigenthümers verpflichtet, die Erbringung der Legitimation eines Eigenthums-

Röm. Recht.

Neuere Gesetzgebungen.

Standpunkt des Entw.

---

[1]) Vergl. Windscheid Bd. I § 124.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 222—228, 232—240, 243, 244; Aubry et Rau, cours de droit civ. t. II § 219; sächs. G. B. § 306, 308; bayr. L. R. II, 2 §§ 10, 11; österr. G. B. § 338; bayr. Entw. III Art. 158, 163, 164; hess. Entw. II, 3 Art. 21. Die Nichthaftung des Prozeßbesitzers für versäumte Früchte nach preuß. Rechte ist schon von Savigny, Bd. 6 S. 120, getadelt.

prätendenten vor Verabfolgung der Sache zu verlangen. Wenn der Besitzer aber auch für den Schaden nicht haftet, welcher aus dem Aufschube der Restitution während der Dauer des Rechtsstreites sich ergiebt, so rechtfertigt doch der Prozeßbeginn die gesetzliche Bestimmung einer Fürsorgepflicht des Beklagten dahin, daß der obsiegende Kläger an Sache und Nutzungen keinen Schaden erleide. Diese Fürsorgepflicht ist dieselbe, wie in dem Falle des unredlichen Besitzes. Der Entwurf erklärt deshalb die Vorschriften des § 931 für anwendbar auch im Falle des Prozeßbesitzes. Man könnte auch hier daran denken, dem Beklagten bei Erfüllung seiner Fürsorgepflicht eine Rücksichtnahme auf das Interesse des im Prozesse Obsiegenden aufzuerlegen und mithin dem Prozeßbesitzer die Stellung eines im Interesse beider Theile beauftragten Sequesters einräumen. Die obwaltende Interessengemeinschaft würde alsdann die analoge Anwendbarkeit des § 772 dahin rechtfertigen, daß ein jeder Theil in eine dem Interesse beider Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung einzuwilligen dem anderen Theile verbunden wäre. Dieselben Gründe, welche bei dem unredlichen Besitze gegen eine Bestimmung der Fürsorgepflicht nach subjektiven Rücksichten sprechen, haben auch im vorliegenden Falle Geltung und rechtfertigen die gleiche objektive Regelung der Fürsorgepflicht.

Rechtshängigkeit.

2. Die Rechtshängigkeit des Vindikationsprozesses gegen den Inhaber wirkt nicht zu Ungunsten des Besitzers, und ebensowenig tritt, wenn gegen den Besitzer geklagt ist, eine Wirkung der Rechtshängigkeit zum Nachtheile des Inhabers ein. Der Entwurf beläßt es bei diesem Resultate, weil die Erstreckung der Wirkung eines prozessualen Thatbestandes auf eine Person, welche nicht Prozeßpartei oder Rechtsnachfolger einer Prozeßpartei ist, hier nicht ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint. Der Vindikant kann sich durch Belangung sowohl des Besitzers als des Inhabers, unter Umständen auch durch Benachrichtigung des nicht belangten Betheiligten oder durch Erwirkung der Sequestration des Streitgegenstandes helfen. Ohne eine derartige Maßregel wird allerdings, wenn der Inhaber belangt ist, die Rechtsposition des redlichen Besitzers fortdauern und die Haftbarkeit des Inhabers beschränken; ferner wird, wenn der Besitzer allein belangt ist, der Erwerb des gutgläubigen Inhabers an den vertragsweise in sein Eigenthum trotz des Nichteigenthumes des Besitzers nach §§ 875—877 übergehenden abgetrennten Bestandtheilen fortdauern. Selbst die Kenntniß von dem gegen den anderen Betheiligten angestrengten Prozesse steht den bezeichneten Resultaten nicht im Wege, denn diese Kenntniß braucht nicht zu einer wirklichen mala fides zu führen. Eine Fiktion der mala fides für derartige Fälle zu bestimmen, erscheint nicht gerechtfertigt.

Verzug des Besitzers oder des Inhabers.

§ 934.

Obl. Recht.

Der Entwurf geht, wie in den Vorbemerkungen S. 398, 399 hervorgehoben, davon aus, daß auf alle Ansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer oder Inhaber, insbesondere auf den Anspruch auf Herausgabe der Sache

die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes Anwendung finden, mithin auch die Vorschriften über den Verzug. Eine Modifikation der Vorschriften über Verzug wird in der Rechtswissenschaft zuweilen in der Richtung behauptet, daß mit dem Prozeßbeginne stets Verzug für den herausgabepflichtigen Besitzer eintrete und daß der einfach unredliche Besitzer stets als im Verzuge (mora ex re) befindlich zu behandeln sei. In den Gesetzgebungen finden sich Vorschriften, welche eine auf den Gesichtspunkt des Verzuges zurückzuführende verschärfte Haftung des unredlichen Besitzers bestimmen, obwohl die allgemeinen Voraussetzungen für die Annahme des Verzuges nicht vorliegen[1]). Prozeßbeginn

Der Entwurf beruht auf der Ansicht, daß eine Modifikation der Vorschriften über den Eintritt des Verzuges für den vorliegenden Fall weder zu Gunsten des redlichen noch zu Ungunsten des unredlichen Besitzers oder Inhabers gerechtfertigt sein würde, daß es aber, um möglichen Zweifeln zu begegnen, zweckmäßig sei, die unveränderte Geltung der Vorschriften über den Verzug im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen. Das praktisch hieraus sich ergebende Resultat ist durchaus angemessen. Wenn eine als Eigenthümer auftretende Person, welche sich später als Eigenthümer ausweist, dem Besitzer oder dem Inhaber die Sache abfordert, so tritt Verzug ein, es sei denn, daß der Aufgeforderte nach § 246 sich entschuldigt. Diese Vorschrift gilt auch für den redlichen Besitzer und läßt denselben in Verzug gerathen, wenn ihm die Verkennung der geltend gemachten Eigenthumsansprüche zum Verschulden anzurechnen ist, obwohl ein solches schuldvolles Verkennen eine eigentliche mala fides noch nicht begründet. Dem redlichen Besitzer wird also eine Prüfungspflicht auferlegt, ob der behauptete Eigenthumsanspruch begründet sei. Eine solche Prüfungspflicht wird durch den Zweck des Eigenthumsschutzes gefordert, mit welchem es nicht im Einklange stehen würde, daß der Besitzer in seinem passiven Verhalten trotz der an ihn seitens des Eigenthumsprätendenten gerichteten Aufforderung zur Herausgabe beharrt. Den nöthigen Schutz finden die Herausgabepflichtigen in der Vorschrift des § 246; denn das Recht des Abfordernden ist ihnen gegenüber zunächst als ein Umstand zu betrachten, dessen Nichtwissen ihnen nicht zur Last fällt. Sie erscheinen damit als vorläufig entschuldigt, soweit nicht der erhobene Anspruch bei sorgfältiger Prüfung der gelieferten Nachweise als begründet von ihnen erkannt werden mußte. In Ansehung der entschuldbaren Unkenntniß über das Recht des Abfordernden ist der unredliche Besitzer in derselben Lage wie der redliche Besitzer. Denn, wenn er auch den Mangel seines Rechtes kennt, so kennt er doch um deswillen noch nicht die Person des Berechtigten und ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Begründung eines gegen ihn erhobenen Anspruches zu prüfen, damit die Sache nicht in unbefugte Hände gelange. Prüfungspflicht des redlichen Besitzers.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I §§ 229, 241, 242; in der französischen Praxis legt man dem unredlichen Besitzer die Tragung der Gefahr von Verschlimmerungen bei Grundstücken aus dem Gesichtspunkte des Verzuges — code civil Art. 1302 Abs. 2 — auf, Aubry et Rau, cours de droit civ. t. II § 219 S. 394. Vergl. bayr. Entw. III Art. 158; hess. Entw. II, 3 Art. 19, 20.

Haftung des deliktmäßigen Besitzers.

§ 935.

Die Aufnahme einer Vorschrift über die Haftung des deliktmäßigen Besitzers oder Inhabers ist um deswillen erforderlich, weil sonst nach der beschränkenden Vorschrift des § 930 dem begangenen Delikte eine jede verpflichtende Wirkung genommen wäre. Wegen jener Vorschrift wird mithin nur aus denjenigen unerlaubten Handlungen des Besitzers oder Inhabers eine gesteigerte Haftung abzuleiten sein, welche in § 935 bezeichnet sind.

Begrenzung der Haftung.

Nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen (§ 704) würde man, wie bereits in den Vorbemerkungen hervorgehoben, einen verbotenen Eingriff in die Rechtssphäre des Eigenthümers in jeder Verfügung einer anderen Person zu finden haben, wenn die objektivrechtsverletzende Eigenschaft der Verfügung dem Handelnden bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erkennbar war. Der § 935 begrenzt die deliktmäßige Haftung. Nur die Handlungen, durch welche Besitz oder Inhabung erlangt ist, nicht aber die Handlungen, welche weiterhin an der Sache vorgenommen werden, sollen zu einer solchen Haftung führen. Handlungen des Besitzers oder Inhabers, durch welche die Sache geschädigt wird, machen mithin nach den Vorschriften der §§ 931—933 haftbar, führen aber die eigentliche Deliktshaftung nicht mit sich. Ist dem Eigenthümer die Inhabung der Sache entzogen und damit der Besitz desselben aufgehoben, so ist das Eigenthum total verletzt. In den thatsächlichen Verfügungen über die Sache, welche während des Besitzes des Nichteigenthümers vorkommen, können nicht weitere Delikte gegen das Eigenthum, sondern kann nur eine Verabsäumung der Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten gefunden werden, welche das Gesetz in Ansehung der Behandlung fremder Sachen auferlegt.

Vorsatz.

Ferner verlangt § 935, daß die unerlaubte Handlung vorsätzlich begangen ist. Damit wird bei einer jeden Verschaffung des Besitzes oder der Inhabung unter fahrlässigem Verkennen des fremden Eigenthumes der Eintritt der gesteigerten Haftung ausgeschlossen. Der vorsätzlich begangenen Handlung wird die strafbare Handlung gleich gesetzt; denn soweit das Strafgesetz die Verabsäumung von Sorgfalt ahndet (vergl. § 259 des Str. G. B.), darf die gewöhnliche zivilrechtliche Deliktshaftung nicht gemindert werden.

Strafbare Handlung.

Ueber den Inhalt des Anspruches aus dem Delikte werden Besonderheiten nicht bestimmt. Eine Erweiterung der Haftung gegenüber der Haftung des unredlichen Besitzers ergiebt sich daraus, daß der deliktmäßige Besitzer für den Schaden haftet, welcher daraus entstanden ist, daß die Sache durch seine Handlung aus dem Besitze des Eigenthümers gekommen ist, der Eigenthümer die Sache also entbehrt hat, während der unredliche Besitzer für diesen Schaden nicht haftet, weil seine Handlungsweise auf die dem Besitze des Eigenthümers schon entzogene Sache sich bezieht.

Inhalt des Anspruches.

Der deliktmäßige Besitzer braucht nicht unredlicher Besitzer zu sein. Die Haftung des unredlichen Besitzers geht in Ansehung der Erstattung der Nutzungen, wie S. 403 Nr. 7, S. 405 Nr. 10 erwähnt, unter Umständen über die Haftung des deliktmäßigen Besitzers hinaus und ist in § 931 Abs. 2 auf

denjenigen, welcher den Besitz durch eine strafbare Handlung sich verschafft hat, ausgedehnt, auch wenn die Handlung nur auf Fahrlässigkeit beruht. Auch bei der vorsätzlichen unerlaubten Handlung, durch welche Jemand den Besitz sich verschafft, braucht der Vorsatz nicht mit Nothwendigkeit gegen das fremde Eigenthum sich zu richten und die Unredlichkeit in sich zu schließen, z. B. im Falle der eigenmächtigen Besitzentziehung. In einem solchen Falle entscheidet das hinzutretende Moment der Strafbarkeit, ob die erweiterte Haftung, sowohl nach § 935 als nach § 931, stattfinde.

Gegenansprüche wegen Verwendungen.

§ 936.

Begriff der Verwendungen.

1. Unter Verwendungen auf die Sache sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirthschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zu Gute kommt. Eine Definition der Verwendung auf die Sache wird im Entwurfe weder hier noch in § 740 Abs. 3 gegeben, da der Sinn des Ausdruckes auch ohne Begriffsbestimmung in der Rechtsanwendung nicht verkannt werden wird (vergl. oben S. 31). Die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache wird als Verwendung dann nicht zu gelten haben, wenn die verbundenen Sachen wesentliche Bestandtheile der Hauptsache nicht geworden, und ebensowenig, wenn sie nur zum Zubehöre der fremden Sache gemacht sind, weil das Recht des Verwendenden an solchen Sachen beharrt und das Vermögen des Eigenthümers nicht vermehrt wird.

Rechtliche Folgen der Verwendung.

2. In Ansehung der rechtlichen Folgen einer von dem Besitzer auf die fremde Sache gemachten Verwendung folgt das geltende Recht verschiedenen Richtungen.

a) Geltendes Recht.

Das gemeine Recht hat das römische Prinzip, daß aus der Verwendung keinerlei Erstattungsanspruch des verwendenden Besitzers gegen den Eigenthümer entsteht[1]). Dem Besitzer, welcher die Sache herausgeben muß, wird durch Ausnahmevorschriften geholfen. Dieselben geben dem Besitzer keinen Anspruch, sondern beschränken nur die Restitutionspflicht des Besitzers, indem diesem eine exceptio doli und ein Retentionsrecht zugestanden wird. Da hierin eine ausnahmsweise Begünstigung gefunden wird, so werden der redliche Besitzer, der unredliche Besitzer und der deliktmäßige Besitzer verschieden behandelt und neben dem allgemein zugestandenen jus tollendi das Recht auf die Erstattung von impensae utiles und das Recht auf die Erstattung der impensae necessariae unterschieden. Blos nützliche Verwendungen werden dem redlichen Besitzer unter Abrechnung der genossenen Nutzungen erstattet. Die neueren Gesetzgebungen folgen, mit Abweichungen in den Einzelheiten, meistens dem Prinzipe des röm. Rechtes[2]).

---

[1]) L. 48 de R. V. 6, 1.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 204 ff.; bayr. L. R. II, 2 § 10; sächs. G. B. §§ 312 ff.; österr. G. B. §§ 331, 332, 336; bayr. Entw. III Art. 170; hess. Entw. II, 3 Art. 22.

In der franz. Rechtswissenschaft wird die Verwendung aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung betrachtet[1]). Zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer wird nicht unterschieden. Bei den nützlichen Verwendungen kommt es auf den gegenwärtigen Erfolg an[2]). Bei nothwendigen Verwendungen soll der Erfolg und dessen noch gegenwärtige Fortdauer gleichgültig sein. Wenn auch ein Zufall die Sache betroffen hat, so bleibt der Anspruch doch bestehen[3]). Nur wird der unredliche Besitzer dieses Vortheiles nicht theilhaftig, weil er den praktisch meist unmöglichen Beweis führen müßte, daß bei dem Eigenthümer der Zufall auch eingetreten sein würde. Von den Verbesserungen werden neue Anlagen (constructions nouvelles, code civ. Art. 555) unterschieden. Die genossenen Früchte braucht der redliche Besitzer sich nicht auf seine Verwendungen absetzen zu lassen[4]).

b) Standpunkt des Entw.: Bereicherung

Der Entwurf folgt dem Prinzipe des franz. Rechtes. Die Verwendung auf eine fremde Sache, welche den Werth derselben erhöht oder eine Werthminderung abwendet, führt zu einer Bereicherung des Eigenthümers. Die Voraussetzung der Vorschrift über die condictio sine causa (§ 748 Abs. 1), daß die Veränderung im Vermögen ohne den Willen des Verlierenden geschehen sein muß, ist als erfüllt anzusehen, mag nun die Verwendung von einem redlichen oder von einem unredlichen Besitzer bewirkt sein, da dem Vermögen des gewinnenden Theiles keinesfalls etwas zugewendet werden soll. Durch die Vorschriften des Entwurfes über die Kondiktionen ist somit für die Regelung des Verwendungsanspruches bei der Vindikation eine bestimmte Grundlage gegeben. Eine Abweichung von dieser Grundlage würde zu einer nicht gerechtfertigten ungleichartigen Behandlung gleichartiger Fälle führen. Der Entwurf geht mithin davon aus, daß durch die Thatsache der Verwendung seitens des Besitzers ein vollgültiger Anspruch desselben gegen den gewinnenden Eigenthümer, nicht etwa blos eine Beschränktheit und Bedingtheit des Herausgabeanspruches des Eigenthümers begründet wird und daß an dieser Stelle nur diejenigen Ergänzungen und Modifikationen der Vorschriften über die condictio sine causa zu bestimmen sind, welche durch das besondere Verhältniß des Besitzers zum Vindikationsberechtigten erfordert werden. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken:

ohne Rücksicht auf subjektive Momente.

Da das gemeine Recht die Bestimmung der Erstattungspflicht des Eigenthümers als eine ausnahmsweise Begünstigung ansieht, so kann dasselbe diese Begünstigung dem unredlichen und dem deliktmäßigen Besitzer gegenüber versagen oder beschränken. Von dem Standpunkte des Entwurfes aus würde eine solche Versagung oder Beschränkung für den Besitzer eine Privatstrafe enthalten. Gegen dieselbe sprechen mithin alle Gründe, welche überhaupt die Bestimmung von Privatstrafen widerrathen.

---

[1]) Zachariä I § 218: „Die Verbindlichkeit des Eigenthümers und Klägers, den auf die Sache gemachten Aufwand zu ersetzen, ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen der versio in rem zu beurtheilen, arg. code civ. Art. 861, 2175."

[2]) Aubry et Rau, cours de droit civ. Bd. II § 219 Note 36.

[3]) Code civ. Art. 862. Aubry et Rau a. a. O. S. 396

[4]) Aubry et Rau a. a. O. § 219 Note 37

Das gemeine Recht will eine Billigkeitsrücksicht auf den Umstand nehmen lassen, daß die Erstattungspflicht den Verpflichteten nach seinen individuellen Verhältnissen besonders hart treffen würde, und ermächtigt den Richter, wenn dies der Fall ist, die Erstattungspflicht zu ermäßigen oder auszuschließen. Wenn eine solche Beschränkung der Erstattungspflicht gerechtfertigt wäre, so würde sie in allen Fällen der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gelten müssen. In dieser Allgemeinheit ist sie dem Entwurfe fremd und ein genügender Grund für ihre Bestimmung im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Soweit sie innerlich gerechtfertigt ist, ist sie in dem Begriffe der Bereicherung gegeben. Man darf zwar nicht so weit gehen, den persönlichen Verhältnissen des Bereicherten ganz allgemein einen Einfluß zu gestatten; aber man muß bei der Frage, ob eine Bereicherung vorliegt, auf das gesammte Vermögen des Bereicherten Rücksicht nehmen. Das subjektive Moment, welches Einfluß hat, liegt in der individuellen gesammten Vermögenslage. Die Berücksichtigung dieser Vermögenslage kann dazu führen, daß eine objektive, aber nur durch Veräußerung zu realisirende Wertherhöhung nicht als Bereicherung erscheint, falls die Veräußerung des verbesserten Gegenstandes den Werth eines Ganzen, in welches derselbe hineingehört, herunterdrücken würde.

Bereicherung zur Zeit der Wiedererlangung der Sache.

Die Vorschrift, daß nur auf den Betrag der Bereicherung gesehen werden soll, welcher dem Empfänger durch die Herausgabe der Sache zugeht, enthält keine Abweichung von den Vorschriften über die Kondiktionen (vergl. § 739 Abs. 2). Eingetreten ist die Bereicherung zwar in dem Augenblicke der Verwendung; wirthschaftliche Bedeutung für den Eigenthümer gewinnt dieselbe indessen erst, wenn letzterer die Sache wiedererlangt. Besteht zu dieser Zeit der Effekt der Verwendung nicht mehr, so ist die Bereicherung wieder weggefallen. Nur die Beweislast wird geändert. Nicht der Bereicherte hat den Wegfall der Bereicherung, sondern der Kondiktionsberechtigte den Fortbestand derselben zu beweisen.

Feststellung der Bereicherung.

Eine gewisse Schwierigkeit für die Geltendmachung der Verwendungsansprüche, bevor die Sache an den Eigenthümer zurückgelangt ist, ergiebt sich daraus, daß zur Zeit der Verurtheilung zur Herausgabe der Betrag der Verwendungen noch nicht feststeht, weil für denselben der Zeitpunkt der Herausgabe maßgebend ist. Dieser Schwierigkeit kann aber, abgesehen von der Frage über die prozessuale Zulässigkeit einer nachträglichen Geltendmachung neu eingetretener, auf die Minderung der Ersatzforderung bezüglicher Umstände, durch eine geeignete beschränkte und bedingte Fassung des Urtheiles abgeholfen werden.

Abzug des Werthes der gezogenen Nutzungen.

3. Nach gemeinem Rechte werden dem Besitzer auf die ihm zu erstattenden Verwendungen die von ihm genossenen Früchte angerechnet. Die neueren Gesetzgebungen folgen dem röm. Rechte nur vereinzelt[1]). Das preuß., das franz. und das österr. Recht kennen eine derartige Kompensation nicht. Wenn sich der Entwurf § 936 Abs. 2 dennoch für die Zulassung einer solchen Ausgleichung entschieden hat, so sind für diese Entscheidung Gründe der Billigkeit und Zweck-

[1]) Sächs. G. B. § 317; zu vergl. bayr. Entw. III Art. 170, hess. Entw. II, 3 Art. 22.

mäßigkeit maßgebend gewesen. Die Kondiktionsfreiheit des Besitzers in Ansehung der Nutzungen wird durch eine auf Billigkeit beruhende Ausnahmevorschrift bestimmt. Diese Billigkeit würde aber in dem besonderen Falle zur Unbilligkeit werden, wenn der Besitzer seinerseits die in Folge seiner Verwendungen dem Eigenthümer zugegangene Vermögensvermehrung kondizirt. Daneben dient die Ausgleichung zur Abschneidung schwieriger und verwickelter Rechtsstreitigkeiten.

Die Frage der Kompensation von Verbesserungen und Verschlechterungen der Sache wird vom Entwurfe nicht beantwortet; ihre Lösung bleibt der Praxis und Wissenschaft überlassen.

Jus tollendi. 4. Die Vorschriften des röm. Rechtes über das jus tollendi des Vindikationsbeklagten beziehen sich auf die Geltendmachung des Sondereigenthumes an Sachen des Besitzers, welche ohne Aenderung des Eigenthumes als Bestandtheile mit der vindizirten Sache verbunden sind. Nach dem Entwurfe ist die Ausübung dieses Sondereigenthumes und in Folge davon die Abtrennung der in dem Eigenthume des Besitzers verbliebenen verbundenen Sachen nicht beschränkt, nur daß unter Umständen für den mit der Lösung entstehenden Schaden einzustehen ist. Sind die verbundenen Sachen wesentliche Bestandtheile der vindizirten Sache (§§ 782—784) geworden und damit dem an dieser Sache bestehenden Eigenthume unterworfen, so sind die Rechtsfolgen nach allen Richtungen klar. Nach § 897 hat der gewinnende Eigenthümer der vindizirten Sache die ihm durch den Eigenthumserwerb an den verbundenen Sachen zufallende Bereicherung herauszugeben. Diese Herausgabepflicht kann in Folge der besonderen Vorschriften des § 936 Abs. 1, 2 möglicher Weise dem Besitzer nicht einmal den Werth verschaffen, welchen die verbundene Sache nach der Trennung haben würde. Deshalb erscheint es billig, für den Fall, daß der vindizirende Eigenthümer zu einem derartigen Wertherſatze nicht verpflichtet und nicht bereit ist, die expropriirende Wirkung der §§ 890—892 insoweit zu beschränken, daß die Trennung erlaubt und mit der Trennung und Wegnahme die in Folge der Verbindung eingetretene Aenderung im Eigenthume rückgängig gemacht wird; nur ist der Besitzer, dessen alleinigem Interesse die Trennung dient, für verpflichtet zu erklären, die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen.

Anspruch des Inhabers. 5. Wenn in den §§ 936, 937 der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen dem Inhaber neben dem Besitzer gegeben wird, so kommt diese Vorschrift zwar einem jeden Inhaber, mag er nun die Sache für den besitzenden Nichteigenthümer oder für den wirklichen Eigenthümer detiniren, zu statten; es bleiben indessen die Vorschriften zu berücksichtigen, welche über die Ansprüche des aus einem gewissen Schuldverhältnisse für den Eigenthümer detinirenden Inhabers Besonderheiten bestimmen (vergl. §§ 514, 553, 914, 1010, 1159). Wird an Stelle des besitzenden Nichteigenthümers der für denselben detinirende Inhaber mit der Vindikation belangt, so hat der letztere wegen der aus seinem Vermögen auf die Sache gemachten Verwendungen dieselben Ansprüche, welche dem Besitzer zustehen würden, wenn aus dessen Vermögen verwendet wäre. Die Verpflichtung des belangten Inhabers, die Sache nicht ohne vorherige Benachrichtigung des von ihm vertretenen Besitzers herauszugeben, damit dem Besitzer

insbesondere auch die Wahrnehmung seiner Impensenansprüche ermöglicht werde, bestimmt sich nach dem zwischen dem Besitzer und dem Inhaber bestehenden Schuldverhältnisse (vergl. §§ 519, 996).

Geltendmachung des Verwendungsanspruches.

§§ 937, 938.

Bedingtheit des Verwendungsanspruches.

1. Wenn nach der Vorschrift des § 936 Abs. 1 der Gegenstand des Verwendungsanspruches als die dem Eigenthümer in Folge der Wiedererlangung der verbesserten oder erhaltenen Sache zugehende Bereicherung bestimmt wird, so ist vor der Wiedererlangung der Sache ein Gegenstand der Kondiktion überall noch nicht gegeben, die Annahme eines früheren mit der Thatsache der Verwendung beginnenden Bestandes des Bereicherungsanspruches mithin ohne materielle Bedeutung. Im § 938 Abs. 1 wird deshalb der Verwendungsanspruch als ein bedingter bezeichnet und damit, wenn man die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Bedingungen analog anwendet, die Entstehung des Anspruches bis zu dem Eintritte der Bedingung, nämlich der Wiedererlangung der Sache durch den Eigenthümer, hinausgeschoben. Durch diese Vorschrift geht der Entwurf über das gemeine Recht insofern hinaus, als der Anspruch des Besitzers aus der Verwendung nicht blos in Folge der Sachrestitution seitens des bei der Restitution den Verwendungsanspruch geltend machenden Besitzers, sondern schon dann entsteht, wenn die Sache auf irgend einem anderen Wege in den Besitz des Eigenthümers zurückgelangt. Dem Bedenken, welches gegen diese Erweiterung der Haftung um deswillen erhoben werden könnte, weil der Eigenthümer durch die Wiedererlangung der Sache einer Haftung wegen Verwendungen unterworfen wird, von denen er keine Kenntniß hat, wird durch die im Folgenden unter 3. erörterten Vorschriften des Entwurfes abgeholfen.

Schwebezeit.

2. Die Kondiktion ist in § 938 Abs. 1 an eine Legalbedingung geknüpft. Die Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Bedingungen werden deshalb nur einer analogen Anwendung fähig sein. Nach dieser analogen Anwendung wird man dem Besitzer während der Schwebezeit ein bedingtes Recht zuschreiben können, und es wird sich auch ohne besondere Bestimmungen, welche nur kasuistisch ausfallen könnten, ergeben, in welcher Weise der Besitzer gegen den Eigenthümer vorgehen kann, wenn dieser sich passiv verhält oder sich weigert, die Sache zurückzunehmen und dem Besitzer gerecht zu werden. Der Besitzer hat in einem solchen Falle allerdings kein zu einem definitiven Erfolge führendes Angriffsmittel, aber er kann die Sache befugter Weise retiniren und es wird durch § 941 näher bestimmt, wie sein Anbieten den Eigenthümer in den Verzug der Annahme versetzen und für den Eigenthümer die nachtheiligen Folgen des Annahmeverzuges herbeiführen kann. Ob auch die Vorschrift über die Vereitelung der Erfüllung rechtsgeschäftlicher Bedingungen durch den bedingt Verpflichteten (§ 136) zur analogen Anwendung geeignet ist, kann dahingestellt bleiben.

Man könnte daran denken, den Eigenthümer, welcher in keinem Falle zur Rücknahme der Sache verpflichtet ist, wenigstens zu einer definitiven Er-

klärung, ob er zurücknehmen wolle, und im Falle der Verweigerung zur Ueberlassung des Eigenthumes an den Besitzer zu zwingen; doch würde hierin ein Hinausgehen über das geltende Recht und das praktische Bedürfniß liegen; auch würden von einem derartigen Abandonrecht des Eigenthümers mannigfache Verwickelungen zu befürchten sein.

3. Daß das Erstattungsrecht des Besitzers vor der Wiedererlangung der Sache seitens des Eigenthümers bedingt ist, bietet nach einigen Richtungen einen möglichen Anlaß zum Zweifel.

Uebertragbarkeit des bedingten Rechtes.

a) Man wird das bedingte Recht des Besitzers ebenso wie ein jedes Forderungsrecht, dessen Entstehung von der Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen Bedingung abhängt, nach § 132 für übertragbar und für vererblich zu halten haben.

Ist der gegenwärtige Besitzer lediglich um deswillen nicht Eigenthümer der Sache geworden, weil sein Vormann, von welchem die Verwendungen herrühren, und in Rücksicht auf dessen Person im Uebrigen für den Besitzer die gesetzlichen Voraussetzungen der Singular- oder Universalrechtsnachfolge vorliegen, nicht Eigenthümer war, so rechtfertigt sich der — in Ansehung der auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsnachfolge — dispositive Satz, daß statt des nicht übergegangenen Eigenthumes wenigstens der Anspruch aus der Verwendung übertragen ist (§ 937).

Wechsel in der Person des Eigenthümers.

b) Ein Wechsel in der Person des Schuldners vermöge einer in der Zeit vor der Wiedererlangung der Sache stattfindenden Veränderung im Eigenthume kann bei beweglichen Sachen kaum vorkommen. Bei Grundstücken bleibt ein solcher Wechsel denkbar. Man könnte in einem solchen Falle zweifeln, ob der Verwendungsanspruch sich nicht etwa von dem Veräußerer auf den Erwerber als nunmehrigen Eigenthümer und Verpflichteten übertrage. Eine solche Uebertragung, bei welcher die Verwendungsschuld als eine Last des Grundstückes erscheint, würde mit den Grundsätzen über die publica fides des Grundbuches nicht harmoniren. Die Aufnahme einer Bestimmung, welche klarstellt, daß der Rechtsnachfolger im Eigenthume für den gegen seinen Vormann erwachsenen Verwendungsanspruch nicht aufzukommen hat, ist um deswillen nicht für erforderlich erachtet, weil die persönliche Richtung des Verwendungsanspruches gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendung Eigenthümer ist, mit genügender Deutlichkeit aus dem Entwurfe sich ergiebt.

Zurückbehaltungsrecht des Besitzers.

4. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes des Besitzers (§§ 233—236) sind zwar bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationenrechtes auf den dinglichen Anspruch und bei Einräumung eines vollgültigen Anspruches, nicht blos einer Einrede, an den Besitzer an sich schon gegeben; doch erscheint die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmäßig (§ 938 Abs. 2). Das Zurückbehaltungsrecht mit dem franz. und österr. Rechte bei Grundstücken auszuschließen, liegt ein genügender Grund nicht vor. Ebensowenig liegt ein genügender Grund vor, die in § 235 dem vorsätzlichen Delinquenten auferlegte Vorleistungspflicht zessiren zu lassen, da ja dem Besitzer ein vollgültiger Anspruch, nicht blos eine Einrede, zusteht und verbleibt.

Der Entwurf giebt dem Besitzer nur ein Retentionsrecht, kein gesetzliches Pfandrecht an der Sache, welches mit dem Faustpfandsprinzip und mit dem

Eintragungsprinzipe nicht im Einklange stehen würde. Auch wird keine Ausnahme von der Regel bestimmt, daß das Retentionsrecht im Konkurse nicht wirkt. Indem der Entwurf in diesen Beziehungen schweigt, bleibt das in der Konk. O. § 41 Nr. 7 gegebene Recht auf abgesonderte Befriedigung unberührt.

Erfüllung der Bedingung.

5. Mit der Wiedererlangung der Sache seitens des Eigenthümers wird die Bedingung erfüllt, an welche die Entstehung des Verwendungsanspruches des Besitzers oder des Inhabers geknüpft ist (§ 938 Abs. 1); der Umfang des Anspruches bestimmt sich nach dem Betrage der durch die Wiedererlangung der Sache dem Eigenthümer zugehenden Bereicherung.

Hat der Eigenthümer die Sache zurückerlangt, ohne von der mit der Wiedererlangung verbundenen Entstehung des Verwendungsanspruches Kenntniß zu haben, so ist er nach § 748 Abs. 3, §§ 739, 741 analog wie der gutgläubige Empfänger einer Nichtschuld verhaftet, wird also bis zu dem Zeitpunkte einer mala fides superveniens oder des Eintrittes der Rechtshängigkeit durch den von ihm zu beweisenden Wegfall der Bereicherung befreit. Diese Konsequenz wird nicht allgemein ausgesprochen werden müssen; dagegen erschien für den praktischen Hauptfall der Wiedererlangung der Sache die Aufnahme der auf jener Konsequenz beruhenden Vorschrift des § 938 Abs. 3 erforderlich, welche nur die Besonderheit enthält, daß die Anzeige der Verwendungsansprüche vor oder bei der Restitution, welche nur allgemein zu lauten braucht, den zurücknehmenden Eigenthümer in die Lage eines Kondiktionspflichtigen bringt, gegen welchen die Voraussetzungen der mala fides superveniens begründet sind, möchte auch eine wirkliche Kenntniß der Ansprüche aus der Verwendung nicht anzunehmen sein.

Anzeige der Verwendungsansprüche.

Wenn vor oder bei der Herausgabe die Verwendungsansprüche angezeigt sind oder wenn der Eigenthümer nach Wiedererlangung der Sache von den gegen ihn bestehenden Verwendungsansprüchen Kenntniß erlangt hat oder wegen derselben gerichtlich belangt ist, so bleibt der Gegenstand der herauszugebenden Bereicherung nach § 739 Abs. 2, § 741 Abs. 2 und § 748 Abs. 3 fixirt und ein fernerer Wegfall der Bereicherung kommt nich mehr in Betracht.

Lösungsanspruch des gutgläubigen Erwerbers einer beweglichen Sache.

§ 939.

Bedürfniß.

1. Einige neuere Gesetzgebungen bestimmen für den gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache, welche dem Veräußerer nicht gehörte, einen Ersatz für die nicht eintretende Eigenthumserwerbung dahin, daß demselben im Falle des entgeltlichen Erwerbes von dem vindizirenden Eigenthümer das zum Zwecke der Erwerbung der Sache Geleistete zu ersetzen ist[1]). Nach dem Entwurfe bleibt für einen solchen Lösungsanspruch des gutgläubigen Erwerbers nur Raum für den Fall, daß die Wirksamkeit der Erwerbung durch den Umstand des Gestohlen- oder Verlorenseins der Sache ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluß

[1]) Preuß. A. L. R. I, 15 §§ 24—26; code civil Art. 2280; sächs. G. B. § 315; zür. G. B. § 654; bayr. Entw. III Art. 151.

enthält eine gewisse Härte für den gutgläubigen Erwerber und wirkt insofern für den Verkehr störend, als auch der vorsichtigste Erwerber nicht das Vorliegen aller Voraussetzungen der Wirksamkeit seines Erwerbes überschauen und durch einen ohne Verschulden ihm unbekannt gebliebenen Umstand in Schaden gerathen kann. Der Entwurf hat in Anlehnung an das in einem großen Theile des Reiches geltende Recht in der Einräumung eines Lösungsanspruches ein geeignetes Mittel zur Abhülfe zu finden geglaubt. Der Vorwurf der Halbheit kann der Bestimmung eines Lösungsrechtes nicht mit Recht gemacht werden; denn es handelt sich darum, einerseits das Recht des Eigenthümers der gestohlenen und verlorenen Sachen festzuhalten und andererseits dieser Ausnahmebestimmung ihre schädigende Wirkung im Wesentlichen zu nehmen. Daß die nähere Bestimmung der Voraussetzungen und des Inhaltes des Lösungsanspruches nicht unbedeutende Schwierigkeiten bereitet, ist nicht zu leugnen; doch können diese Schwierigkeiten nicht davon abhalten, auf das Betreten des als praktisch zweckmäßig erkannten und im geltenden Rechte bewährten Weges zu verzichten.

Voraussetzungen der Rechtsnorm:

2. Die Voraussetzungen der Rechtsnorm über den Lösungsanspruch werden dahin bestimmt:

a) Gestohlene ꝛc. Sache.

a) Die Erfordernisse der Eigenthumserwerbung in gutem Glauben (§§ 877—879) müssen für den Besitzer erfüllt, und die Wirksamkeit des Eigenthumsübertragungsvertrages muß nur durch die Ausnahmevorschrift des § 879 Satz 2 ausgeschlossen sein.

b) Entgeltliches Erwerbsgeschäft.

b) Die Eigenthumsübergabe seitens des veräußernden Nichteigenthümers muß mit Rücksicht auf eine bewirkte oder noch geschuldete Gegenleistung geschehen sein. Der Begriff des Permutationsgeschäftes ist im Entwurfe nicht näher festgestellt[1]). Der Begriff des unentgeltlichen Veräußerungsgeschäftes ist ein weiterer als der Begriff der Schenkung.

c) Herausgabe.

c) Der Eigenthümer muß die Sache unmittelbar von dem Besitzer restituirt erhalten oder restituirt erhalten haben. Hierin liegt ein Unterschied von der Vorschrift des § 938 Abs. 1. Die Entstehung der Lösungspflicht bei mittelbarer Wiedererlangung der Sache würde für den Eigenthümer, welcher von dieser Folge seiner Wiedererlangung keine Kenntniß hat, zur Beschwerung gereichen, während eine solche Beschwerung im Falle des § 938 Abs. 1, in welchem immer nur eine ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben ist, nicht vorliegt. Sollte der Besitz durch einen Zufall oder durch Delikt von dem Besitzer an den Eigenthümer zurückgelangt sein, so wird die condictio possessionis (§ 739 Abs. 3, § 748 Abs. 1) bezw. die Deliktsklage dem um sein Lösungsrecht gebrachten Besitzer Ersatz verschaffen.

Bedingtes Recht des Besitzers.

3. Vor der Herausgabe wird man, ebenso wie bei dem Verwendungsanspruche, vermöge der analogen Anwendung der Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Bedingungen ein bedingtes Recht des Besitzers anzunehmen haben, dessen Grundlage mit dem Erwerbungsgeschäfte gelegt und welches nach § 132 vererblich ist.

Nichtübertragbarkeit des Rechtes.

Auf die Einzelnachfolger geht dieses Recht nicht über, weil der Anspruch nur für den Herausgebenden wegen des von diesem Geleisteten zur Entstehung

[1]) Vergl. „Unentgeltlich veräußerte Gegenstände" in §§ 4 1, 500.

gelangt, für die früheren Besitzer demnach mit der Weiterveräußerung der Sache weggefallen ist. Das Recht auf Lösung bestimmt sich somit aus der Person des jeweiligen Besitzers. Weiter zu gehen und einem Besitzer die Geltendmachung eines Lösungsanspruches aus der Person eines beliebigen Vormannes zu gestatten, erscheint bedenklich, führt zu Verwickelungen und wird durch den Billigkeitszweck der Vorschrift nicht erfordert.

Mit der Herausgabe läßt der Entwurf einen vollwirksamen Anspruch entstehen. Dieser Anspruch hat seine Grundlage nicht in einer ungerechtfertigten Bereicherung des Zurückempfangenden, sondern in einer positiven, auch die Schadloshaltung des Restituirenden wegen des Nichtbehaltens der Sache gerichteten Vorschrift. Das Interesse am Behalten der Sache kann nicht höher bemessen werden, als der Werth der Sache reicht. Dieser Werth darf deshalb durch den Lösungsbetrag in Verbindung mit dem Betrage der zu ersetzenden Verwendungen nicht überschritten werden. Als Gegenstand des Anspruches ist neben dem Geleisteten das noch zu Leistende bezeichnet, weil regelmäßig zwar der Besitzer, welchem die Sache entwehrt ist, liberirt sein wird (§ 374); aber die Möglichkeit bleibt, daß eine solche Befreiung durch einen Verzicht auf die Gewährleistungspflicht ausgeschlossen ist und in einem solchen Falle der vindizirende Eigenthümer für die Befreiung des Herausgebenden zu sorgen hat. Beschränkung des Lösungsbetrages.

Da dem Lösungsberechtigten ein vollwirksamer Anspruch gegeben wird, so stehen Lösungsanspruch und Herausgabeanspruch sich gegenüber, und die Voraussetzungen für die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes treffen damit in derselben Weise zu, wie bei dem Verwendungsanspruche. Eine Verbindlichkeit zur Abnahme der Sache, deren Nichterfüllung der Eigenthümer zu vertreten hätte, findet auch hier nicht statt. Zurückbehaltungsrecht.

4. In § 939 Abs. 2 Satz 3 wird das Erlöschen des Lösungsanspruches an die Voraussetzung geknüpft, daß dieser Anspruch und sein Umfang vor oder bei der Herausgabe der Sache nicht angezeigt sind. Der Grund für diese Vorschrift liegt darin, daß ein Eintritt der Haftung ohne Kenntniß des Eigenthümers und ohne daß demselben die Freiheit gelassen wird, durch Ablehnung der Rücknahme der Sache sich haftfrei zu erhalten, zu einer nicht gerechtfertigten Bedrückung des Eigenthümers führen würde. Deshalb ist das Erlöschen des Lösungsrechtes von einem Verschulden des Restituirenden bei Unterlassung der Anzeige nicht abhängig. Daß nicht das Entstehen des Anspruches von der Anzeige, sondern das Erlöschen desselben von der Nichtanzeige abhängig gemacht ist, bleibt für die Beweislast von Einfluß. Erlöschen des Lösungsanspruches.

5. Der Lösungsanspruch ist zwar persönlicher Natur und bildet nicht eine pfandrechtartige Belastung der Sache. Es muß jedoch in einer gewissen Richtung die Entstehung der Lösungspflicht ebenso wie eine in Folge des guten Glaubens des Erwerbers wirksame Belastung behandelt, und dem lösungspflichtigen Eigenthümer der in § 880 bezeichnete Bereicherungsanspruch gegen den Nichteigenthümer, welcher die Sache veräußert hat, zugesprochen werden; denn wenn auch für den gutgläubigen Erwerber kein Recht an der Sache entsteht, so tritt doch ein Verlust an dem Eigenthume ein, welcher analog wie eine Belastung der Sache zu behandeln ist (§ 939 Abs. 3). Rückgriff des Eigenthümers auf den Veräußerer.

Lösungsanspruch des gutgläubigen Pfandnehmers.

§ 940.

Nach dem Entwurfe § 1147 erleidet der gutgläubige Erwerb des Faustpfandrechtes die entsprechende Ausnahme, wie der gutgläubige Eigenthumserwerb, nämlich wenn gestohlene oder verlorene Sachen zum Pfande gegeben sind. Die für das Lösungsrecht überhaupt angeführten Gründe sprechen auch in dem bezeichneten Falle dafür, den in seinem wohlbegründeten Vertrauen auf seinen Rechtserwerb getäuschten Pfandnehmer in ähnlicher Weise schadlos zu halten. Auch in dem preuß. Rechte, A. L. R. I, 20 § 80, ist diese Analogie durchgeführt. Eine Schwierigkeit besteht nur darin, daß der zu ersetzende Betrag, welchen der gutgläubige Erwerber für den Erwerb des Pfandrechtes aufgewendet hat, weniger leicht genau zu bezeichnen und zu begrenzen ist, als im Falle der unwirksamen Eigenthumsübertragung. Diese Schwierigkeit kann aber keinen genügenden Grund bilden, um die Vorschrift abzulehnen. Von selbst versteht sich, daß das gegen Empfang des Pfandes Geleistete nur insoweit dem Pfandgläubiger zu erstatten ist, als dieser sonst durch die Eviktion beschädigt sein würde. Ferner ergiebt die Fassung des § 940, daß gegen die Bestellung des Pfandrechtes Leistungen kreditirt sein müssen und der Lösungsanspruch regelmäßig dann nicht stattfindet, wenn bereits früher kreditirt und später Pfandsicherheit gewährt ist.

Für den Fall der Erwerbung eines Nießbrauchsrechtes an beweglichen Sachen enthält der Entwurf um deswillen keine ähnliche Bestimmung, weil hier ein gutgläubiger Erwerb in Folge der Veräußerung eines Nichtberechtigten überhaupt nicht zugelassen ist.

Annahmeverzug des Eigenthümers.

§ 941.

Bedürfniß einer Vorschrift.

Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 256 über den Eintritt des Annahmeverzuges bei gegenseitigen Schuldverhältnissen könnte vielleicht schon aus der synallagmatischen Natur des Schuldverhältnisses zwischen dem Eigenthümer, welcher die Herausgabe der Sache zu fordern hat, und dem Besitzer oder Inhaber, welchem dagegen der Ersatz von Verwendungen oder der Ersatz eines Lösungsbetrages gebührt, gefolgert werden. Da dem Besitzer wegen seiner Gegenansprüche das Zurückbehaltungsrecht zugesprochen ist, so finden auf das Verhältniß zwischen ihm und dem Eigenthümer die Vorschriften der §§ 233—235 über das Zurückbehaltungsrecht und der in § 234 zitirten §§ 364, 365, welche das Schuldverhältniß aus gegenseitigen Verträgen betreffen, entsprechende Anwendung. Da indessen in § 234 die Vorschrift des § 256 nicht mitangeführt ist, so erscheint es im Interesse der Klarheit des Gesetzes erforderlich, die Vorschrift des § 256 in Anwendung auf den vorliegenden Fall hier zu wiederholen, zumal das Vorliegen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses um deswillen bezweifelt werden könnte, weil im Augenblicke des Anbietens die gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung des Verwendungs- bezw. Lösungsanspruches noch nicht erfüllt ist.

Im Verwendungsfalle wird durch das Anbieten der Sache in Verbindung mit der Anzeige der Verwendungsansprüche der zu erstattende Bereicherungsbetrag fixirt und hier ebenso wie im Lösungsfalle einer späteren Verschlechterung der Sache der nachtheilige Einfluß auf die Rechte des Erstattungsberechtigten entzogen.

Wirkungen des Annahmeverzuges.

Mit dem Annahmeverzuge des Eigenthümers ist dem erstattungsberechtigten Besitzer ein Weg des Angriffes zur Realisirung seiner Ansprüche unmittelbar noch nicht eröffnet. Es fragt sich, ob er vermöge eines aus dem Annahmeverzuge nach § 278 sich ergebenden Verkaufsrechtes die Sache wirksam versteigern lassen kann, obwohl es sich nicht um eine geschuldete eigene, sondern um eine herauszugebende fremde Sache handelt. Durch die Versteigerung würde die Restitutionsverbindlichkeit in eine hinterlegungsfähige Geldschuld umgewandelt und mit der befreienden Hinterlegung die Voraussetzung für die Entstehung und Realisirung der Erstattungsansprüche erfüllt sein. Der Entwurf überläßt die Entscheidung dieser Frage der Praxis und der Wissenschaft.

Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch auf Grund eigenen Rechtes.

§ 942.

Einwend. aus dinglichem Rechte

Steht dem Vindikationsbeklagten ein Recht an der Sache zu, nach dessen Inhalte er zu der Inhabung der Sache befugt ist, so geht sein Recht dem Rechte des Eigenthümers vor. Die prozessualische Vorschrift des röm. Rechtes Nov. 18 cap. 10 ist dem geltenden Rechte unbekannt.

aus obligatorischem Rechte

Eine andere Frage ist, ob der Beklagte der Vindikation gegenüber geltend machen kann, daß durch die Abforderung der Sache von dem Abfordernden gegen eine obligatorische Verpflichtung verstoßen wird, welche demselben dem Besitzer oder Inhaber gegenüber obliegt. In den Fällen der röm. exceptio rei venditae et traditae hat der Besitzer oder Inhaber, soweit nach den Vorschriften der §§ 830, 876, § 983 Abs. 2, § 1147 Abs. 2 Konvaleszenz eintritt, nicht ein obligatorisches, in seiner Wirkung verstärktes, sondern ein wirkliches dingliches Recht. Diese Fälle scheiden mithin hier aus. Die Beantwortung der bezeichneten Frage ist in der Theorie nicht unbestritten. Man hat geltend gemacht, eine obligatorische Beschränkung eines dinglich Berechtigten, welche einredeweise geltend gemacht werden könne, stehe mit dem Wesen des dinglichen und obligatorischen Rechtes in Widerspruch, da zwar der dinglich Berechtigte die Herstellung des realen, dem Inhalte seines Rechtes entsprechenden Zustandes müsse durchsetzen können, der blos obligatorisch Berechtigte aber nicht ein Recht auf Naturalerfüllung habe und dem Verpflichteten die Freiheit lassen müsse, nicht in Natur zu erfüllen und statt dessen Schadenersatz zu leisten. Eine solche Beschränkung des obligatorischen Zwanges ist indessen von der in der Doktrin herrschenden Meinung verworfen und in dem geltenden Rechte nicht anerkannt; in den modernen Gesetzgebungen findet sich die Zulässig-

keit von Einreden, welche auf obligatorischer Grundlage beruhen, gegenüber den Ansprüchen aus dinglichem Rechte ausdrücklich ausgesprochen[1]).

gegen den Anspr. des eingetragenen Eigenthümers,

Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. v. 5. Mai 1872 hat für Grundstücke die exceptio rei venditae et traditae gegen die Klage des eingetragenen Eigenthümers ausgeschlossen durch die Bestimmung in § 7: „Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes den Besitz des Grundstückes erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäfte herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen". Die Vorschrift beruht auf dem weiter tragenden Bedenken, daß das durch eine Einrede aus obligatorischem Rechte gesicherte Recht zum Behalten der Sache zu einer Art von Eigenthum sich entwickeln könnte. Dieses Bedenken scheint indessen nicht begründet, weil dingliches und obligatorisches Recht sich stets streng von einander unterscheiden lassen werden. Eine Vorschrift, wie die gedachte, ist deshalb überflüssig und unterliegt außerdem dem Einwande, daß durch sie dem obligatorisch Berechtigten eine willkürliche Beschränkung auferlegt werden würde.

im Konkurse.

Vindizirt der Konkursverwalter, so tritt eine andere Beurtheilung ein; denn die Erfüllung der Forderung des obligatorisch berechtigten Inhabers ist nicht eine Massesschuld.

Negatorischer Anspruch.

§ 943.

Geltendes Recht.

1. Im gemeinen Rechte stellt sich neben die Vindikation als eine weitere auf die Behauptung des Eigenthumes sich stützende in rem actio die actio negatoria, welche in den Quellen wesentlich als das Widerspiel der actio confessoria erscheint. Die gemeinrechtliche Doktrin giebt die negatorische Klage gegen eine jede Eigenthumsverletzung, durch welche nicht die Vindikation begründet wird. Daß der Gegner ein Recht zu seinem Verhalten sich zuschreibe, soll nicht Voraussetzung sein. Ziel des Anspruches ist die Beseitigung des das Eigenthum verletzenden Zustandes und Schutz gegen zu befürchtende künftige Eingriffe. Die neueren Gesetzgebungen schließen sich im Wesentlichen der gemeinrechtlichen Doktrin an[2]).

Standpunkt des Entw.

Der Entwurf geht davon aus, daß der negatorische Anspruch der Vindikation in seinem Wesen gleichartig ist und von derselben nur durch die Art der Eigenthumsverletzung, deren Beseitigung erstrebt wird, sich unterscheidet. Es ist zu prüfen, inwieweit zu dem Zwecke dieses weiteren Eigenthumsschutzes Abweichungen von allgemeinen Vorschriften insbesondere über

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 15 §§ 34—41, I, 7 § 169; sächs. G. B. § 319; bad. L. R. Satz 1640 a; bayr. Entw. III Art. 157.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 §§ 181, 182, I, 19 §§ 10, 14; preuß. A. G. O. I, 32 §§ 1, 2; Zachariä, franz. Civ. R. Bd. 1 § 219; sächs. G. B. §§ 321—324; bayr. L. R. II, 7 § 11; bayr. Ausf. G. z. d. C. P. O. Art. 142; österr. G. B. § 523; bayr. Entw. III Art. 176—179; hess. Entw. II, 3 Art. 5.

Präjudizialklagen, Haftung aus Delikt oder aus ungerechtfertigter Bereicherung zu bestimmen oder Vorschriften erklärender Natur aufzunehmen sind.

Präjudizialklage.

2. Soweit die actio negatoria als reine Präjudizialklage erscheint, ist ihre Zulässigkeit nach § 231 der C. P. O. davon abhängig, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung nachweist. Die Entscheidung, ob ein solches Interesse vorliege, ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Man könnte daran denken, dieses Ermessen durch die Vorschrift zu begrenzen, daß ein genügendes rechtliches Interesse als vorhanden anzunehmen sei, wenn aus dem Verhalten oder den Aeußerungen des Gegners Rechtsbehauptungen zu entnehmen sind, welche gegen das Eigenthum sich richten. Der Aufnahme einer solchen Bestimmung steht indessen das Bedenken entgegen, daß kein genügender Grund ersichtlich sein würde, die Vorschrift auf den Fall einer negatorischen Präjudizialklage zu beschränken und nicht vielmehr auf alle Fälle auszudehnen, in denen eine das Recht des Klägers verneinende Kundgebung seitens einer anderen Person dargethan ist. So weit hat die C. P. O. aber nicht gehen wollen. Man würde somit die C. P. O. ändern. Zu einer solchen Aenderung würde der Nachweis eines Bedürfnisses erforderlich sein; ein solcher Nachweis liegt aber nicht vor.

Voraussetzung des Anspruches

3. Als Ziel des rein dinglichen Anspruches ist die Herstellung desjenigen Zustandes bezeichnet, welcher dem Inhalte des absoluten Rechtes, hier des Eigenthumes, entspricht. Voraussetzung des Anspruches ist lediglich das gegenwärtige objektive Bestehen eines durch den Willen einer anderen Person aufrecht erhaltenen Zustandes. Die Vindikation richtet sich gegen den fremden Besitz und die fremde Inhabung und verschafft dem Eigenthümer den Besitz und die Inhabung wieder. Es ist, wenn Uebereinstimmung mit den Vorschriften über die Vindikation herrschen soll, hier derjenige Zustand zu bezeichnen, welcher das Analogon des dem Inhalte des Eigenthumes widerstreitenden Besitzstandes bildet. Diese Bezeichnung ist nicht leicht; denn eine positive Bezeichnung aller zuständlichen Eigenthumsverletzungen, welche nicht in der Entziehung des Besitzes oder der Inhabung bestehen, stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Der einfachste und zweckmäßigste Ausweg aus diesen Schwierigkeiten ist, die Voraussetzungen des negatorischen Anspruches negativ zu bestimmen und zwar dahin, daß derselbe bei einer zur Vindikation nicht genügenden Verletzung des Eigenthumes stattfindet. Dadurch wird dann zugleich klargestellt, daß in analoger Weise, wenn auch in einem geringeren Umfange, wie bei dem Besitze oder der Inhabung des Nichteigenthümers, ein das Recht des Eigenthümers objektiv verletzender Zustand vorliegen muß, auf dessen Beseitigung der negatorische Anspruch abzielt.

Bei der Frage, ob eine partielle Eigenthumsverletzung vorliege, kommen selbstverständlich die Vorschriften der §§ 848—867 über Inhalt und Begrenzung des Eigenthumes zur Anwendung, ohne daß im Gesetze hierauf hinzuweisen ist.

bei beweglichen und bei unbeweglichen Sachen.

Von überwiegender Bedeutung in der Praxis ist der negatorische Eigenthumsanspruch für das Eigenthum an Grundstücken. Prinzipiell ist derselbe jedoch auch auf den Schutz des Eigenthumes an beweglichen Sachen anwendbar. Es müßten also durchschlagende Gründe für eine positive

Beschränkung vorliegen. An solchen Gründen fehlt es; auch läßt sich nicht behaupten, daß der negatorische Anspruch für den Eigenthümer beweglicher Sachen ohne jedes denkbare praktische Interesse ist. Die gemeinrechtliche Doktrin und die neueren Gesetzgebungen, insbesondere das preuß. und das sächs. Recht, geben die römische Beschränkung der Negatorienklage auf das Eigenthum an Grundstücken auf. Der Entwurf folgt diesem Beispiele und bleibt damit zugleich in Uebereinstimmung mit seinen Vorschriften über die Besitzstörungsklage. Die Erwägungen, welche dazu geführt haben, die Besitzstörungsklage dem Inhaber beweglicher Sachen nicht zu versagen (vergl. S. 117), behalten auch für die entsprechende Ausdehnung der Negatorienklage ihr Gewicht.

Inhalt des Anspruches.

4. Der Entwurf unterscheidet zwei Gestaltungen des negatorischen Anspruches:

a) Wiederaufhebung einer Beeinträchtigung.

a) Der Anspruch geht auf Wiederaufhebung einer fortbestehenden Beeinträchtigung des Eigenthumes. Der Fortbestand und die Wiederaufhebbarkeit der Beeinträchtigung setzen ein körperliches Verhältniß voraus. Der Anspruch hat, analog wie bei der Vindikation, seine Richtung gegen die Person desjenigen, durch dessen Willen der mit dem Inhalte des Eigenthumes in Widerspruch stehende Zustand aufrecht erhalten wird. Die Haftung ergiebt sich also nicht aus einer der Vergangenheit angehörenden einzelnen Handlung des Beklagten; auch ist dieselbe nicht davon abhängig, daß das Verhalten des Beklagten auf culpa oder auf dolus beruht, wie denn beispielsweise das Hinüberreichen eines Gebäudes über die Grenze genügt, um den Besitzer oder den Inhaber des Gebäudes haftbar zu machen.

Eine nähere Bezeichnung, welche zuständliche partielle Eigenthumsbeschränkungen vorkommen können, läßt sich im Gesetze nicht geben. Hauptsächlich kommt das Halten von Anlagen in Betracht, welche über die Grenze hinaus wirken oder über dieselbe hinaus reichen; doch kann möglicher Weise auch die Beseitigung von Anlagen gefordert werden, welche einer diesseitigen erlaubten Hinüberwirkung, z. B. dem Abflusse des Wassers (§ 856), hindernd entgegenstehen. Besitz der Sache auf Seiten des Klägers wird nicht mit Nothwendigkeit vorausgesetzt; möglicher Weise kann die Negatorienklage der Vindikation vorausgehen, um zunächst die Wiederaufhebung der partiellen Eigenthumsverletzung zu erlangen. Man kann auch nicht einwenden, daß, wenn das Eigenthum durch die Entziehung des Besitzes total verletzt sei, weitere partielle Verletzungen desselben durch andere Personen undenkbar seien. Doch ist der Frage, wieweit ein nichtbesitzender Eigenthümer die Negatorienklage erheben könne, nur eine geringe praktische Bedeutung beizulegen.

Grundbuchberichtigung.

Ein besonderer Fall der Negatorienklage wird durch die Grundbucheinrichtung herbeigeführt. Zufolge dieser Einrichtung ist es möglich, daß der mit dem Inhalte des Eigenthumes in Widerspruch stehende Zustand nicht an dem Grundstücke, sondern in dem Grundbuche besteht. Dieser Fall ist durch die allgemeinen, auf alle eingetragenen Rechte sich beziehenden Vorschriften des § 843 in einer dem Prinzipe nach übereinstimmenden Weise geregelt und scheidet hier aus.

Naturalrestitution.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage nach dem Inhalte der dem Anspruchsverpflichteten obliegenden Leistung. Die Analogie der Vorschriften

über die Besitzklagen, insbesondere die Besitzstörungsklage, über die Vindikation und über den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches (§§ 819, 820, 843, 929), führt dazu, daß die Verpflichtung des Beklagten nicht als lediglich auf eine Unterlassung oder doch als auf eine positive Thätigkeit gehend nur insoweit angesehen werden kann, als die fernere Unterlassung, z. B. eines projectum, immissum habere, die Entwickelung einer solchen Thätigkeit erfordert. Man hat vielmehr auch hier den Beklagten für verpflichtet zu erklären, die Naturalrestitution zu bewirken. Dabei ist indessen dieser Restitutionsanspruch von den in einem Delikte sich gründenden Restitutionsansprüchen zu unterscheiden. Die Naturalrestitution dient in dem vorliegenden Falle nicht dem Zwecke der Schadensersatzleistung und ist nicht die Gestalt der Ersatzleistung, welche nach § 219 an erster Stelle eintritt und im Falle ihrer Unmöglichkeit durch den Modus der Geldentschädigung ersetzt wird. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn die Naturalrestitution unmöglich und im Wege des unmittelbar auf ihre Herbeiführung gerichteten Zwanges nicht durchzusetzen ist, die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung nur aus einem besonderen Verpflichtungsgrunde hergeleitet werden kann. Die Entscheidung der weiteren Frage, ob die Möglichkeit einer Naturalrestitution im strengsten Sinne, also nicht blos die Möglichkeit der Herstellung eines ähnlichen Zustandes, z. B. durch Zuschüttung eines Grabens, zu verlangen ist, bleibt besser der Doktrin und Praxis überlassen.

Kosten der Naturalrestitution.

Da dem Eigenthümer ein Anspruch gegen den Verletzten auf Beseitigung der Verletzung gegeben wird, so versteht sich von selbst, daß dieser Anspruch auch die Beseitigung von verletzenden Anlagen umfaßt und daß der Anspruchsverpflichtete alles zur Erfüllung seiner Pflicht Erforderliche auf eigene Kosten vorzunehmen hat. Gegen die Billigkeit einer solchen Kostenpflicht, welche übrigens auch in dem Falle der Besitzstörungsklage (§ 820) besteht, könnte ein Zweifel erhoben und dieselbe nur gegenüber demjenigen für gerechtfertigt erachtet werden, welcher aus einem in der Errichtung der Anlagen liegenden Delikte schadensersatzpflichtig ist. Bei der Grundbuchberichtigung sind nach § 843 Abs. 2 die Kosten der Eintragungsbewilligung von demjenigen zu tragen, welcher die Berichtigung verlangt. Bei der Vindikation ist die Einräumung des Besitzes oder der Inhabung, selbst wenn die bewegliche Sache dabei hervorgeholt und von der Stelle bewegt werden muß, eine geringe Dienstleistung, welche besondere Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen des Leistungspflichtigen nicht mit sich bringt und deren Auferlegung deshalb nicht zu einer fühlbaren Beschwerung gereicht, zumal die Herausgabepflicht eine Holschuld ist und die weiteren Kosten des Abholens, insbesondere der Trennung, von dem Anspruchsberechtigten zu tragen sind. Die Beseitigung von Anlagen, z. B. eines sich über die Grenzlinie hinüberneigenden Gebäudes, kann dagegen bedeutende Kosten verursachen und die Kostenpflicht mithin zu einer drückenden Last werden. Als Anspruchsverpflichteter und als kostenpflichtig erscheint derjenige, durch dessen Willen die zuständliche Eigenthumsverletzung aufrecht erhalten wird, regelmäßig also der Eigenthümer der Anlage, unter besonderen Umständen auch der besitzende Nichteigenthümer oder der Inhaber der Anlage. Ob die bloße Handlung der Errichtung im einzelnen Falle dem Beseitigungsanspruche gegenüber verpflichten kann, bleibt besser dahin-

gestellt. Da der negatorische Beseitigungsanspruch überhaupt weder dolus noch culpa auf Seiten des Verpflichteten voraussetzt, so kann der Inhalt dieses Anspruches, also auch die Frage, ob vom Beklagten die Beseitigung auf dessen eigene Kosten verlangt werden kann, nicht von dem Vorliegen einer vorsätzlichen oder schuldvollen Verletzung abhängig gemacht werden. Es bleibt mithin nur die Frage, ob man den Anspruch lediglich auf Duldung der Beseitigung der verletzenden Anlagen bezw. auf Beseitigung für Rechnung des Anspruchsberechtigten gehen lassen will, oder ob man glaubt, den Grundsatz aufstellen zu dürfen, daß ein Jeder, welcher Anlagen hält — Eigenthümer, Besitzer, Inhaber —, verpflichtet ist, die Anlagen in einem solchen Zustande zu halten bezw. auf einen solchen Zustand zurückzuführen, daß sie dem fremden Rechte keinen Eintrag thun. Der letztere Grundsatz scheint in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach Anerkennung gefunden zu haben[1]) und entspricht auch der Ausdrucksweise der Gesetzgebungen, welche dem Negatorienbeklagten schlechthin die Wiederherstellung des früheren Zustandes aufgeben. Zudem führt die einfache Beseitigungspflicht des Negatorienbeklagten zu einer praktisch wünschenswerthen Vereinfachung des Rechtsverhältnisses, während ohne dieselbe Verwickelungen und Vervielfältigung der Streitpunkte zu befürchten sind. Aus diesen Gründen spricht der Entwurf schlechthin die Beseitigungspflicht des Negatorienbeklagten aus.

b) Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen.

b) Die andere Gestaltung des negatorischen Anspruches, bei welcher derselbe auf Verurtheilung des Gegners zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen geht, setzt eine zuständliche körperliche Beeinträchtigung nicht voraus. Dabei findet jedoch eine Harmonie mit der unter a) erörterten Gestaltung des Anspruches insofern statt, als auch hier der Anspruch die Aufhebung eines Zustandes, nur nicht eines körperlichen Zustandes, bezielt. Der Anspruch auf Verurtheilung zu ferneren Unterlassungen entspricht in dieser Beziehung der auf eine ähnliche Verurtheilung gehenden Besitzstörungsklage des § 820. Das Zuwiderhandeln gegen die aus dem Inhalte des Eigenthumes für die anderen Personen sich ergebende Unterlassungspflicht läßt nicht schlechthin, sondern nur, wenn die Voraussetzungen für die Annahme eines Deliktes vorliegen, eine Verbindlichkeit zum Schadensersatze entstehen. Weitere Wirkungen hat das einzelne Zuwiderhandeln an sich nicht. Der Anspruch auf künftige Unterlassungen kann ohne besondere Bestimmung nicht klagend geltend gemacht werden; denn soweit dieser Anspruch sich nicht in Schadens- und Ersatzansprüche umgesetzt hat, geht er seinem Inhalte nach auf ein zukünftiges Verhalten, also niemals auf eine fällige Leistung (vergl. § 190 Abs. 1). Wenn jedoch das Zuwiderhandeln die zuständliche bis in die Gegenwart fortdauernde Folge hervorgebracht hat, daß weitere Beeinträchtigungen nach den Umständen zu besorgen sind, so muß die Beseitigung dieses Zustandes der Gefährdung mit der Negatorienklage ebensowohl zu erreichen sein, als die Beseitigung einer zuständlichen körperlichen Eigenthumsverletzung. Die Befürchtung weiterer

[1]) Seuffert's Arch. XI, 115; XXI, 16; XXIII, 210; XXVII, 133; XXIX, 218. Entsch. des vormal. preuß. Ob. Trib. Bd. 70 S. 107; Striethorst, Arch. Bd. 84 S. 312.

Gefährdungen braucht sich durchaus nicht in einem schuldvollen Verhalten des Gegners zu gründen; vielleicht ist dieser in ganz entschuldbarer Weise im Irrthume über sein Recht und ist gerade wegen seines guten Glaubens die Fortsetzung der früheren rechtsverletzenden Handlungsweise zu erwarten. Die Gefährdung wird aufgehoben durch eine Verstärkung des Schutzes des Berechtigten, und dieser Schutz wird am einfachsten dadurch beschafft, daß dem Berechtigten die Befugniß zugesprochen wird, die Verurtheilung des Gegners zur Unterlassung weiterer Störungen zu verlangen. Auf diese Weise wird der Anspruch unter den Schutz der in § 775 der C. P. O. angeordneten Exekutionsmaßregeln gestellt und dem Berechtigten auch der Weg eröffnet, durch Erwirkung einer Kautionsbestellung nach § 775 Abs. 3 sich zu sichern.

Haftung des Störers:

5. Bei der Vindikation sind Modifikationen der Vorschriften über die Haftung aus Delikt und aus ungerechtfertigter Bereicherung bestimmt. Diese Modifikationen treffen für den Fall der Negatorienklage nicht zu, weil sie die totale Verletzung des Eigenthumes durch Entziehung des Besitzes oder der Inhabung voraussetzen und zu Gunsten des Besitzers oder Inhabers lauten. Ebensowenig können bei der Negatorienklage die Vorschriften über das gesetzliche Schuldverhältniß des unredlichen Besitzers anwenddar werden, weil die zuständliche partielle Eigenthumsverletzung keinen Besitz und keine Inhabung einer fremden Sache voraussetzt. Hiernach ist über alle weiteren Folgen der partiellen Eigenthumsverletzung, soweit eine solche nicht den dinglichen Restitutionsanspruch oder den Anspruch auf Verurtheilung zur Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen begründet, im Gesetze zu schweigen. Die weiteren aus der Verletzung sich ergebenden Ansprüche sind, wenn sie auch in dem Eigenthume ihre Grundlage finden, obligatorischer Natur und werden sich aus den Vorschriften über die Haftung aus Delikt und aus ungerechtfertigter Bereicherung ergeben. Man kann nicht behaupten, daß der Sachbesitz des Vindikationsbeklagten sein Analogon in einem Rechtsbesitze desjenigen finden könne, welcher dem negatorischen Anspruche haftet, und daß, soweit diese Analogie reiche, eine Uebertragung der für die Vindikation bestimmten Besonderheiten auf die Negatorienklage stattzufinden hätte. In dieser Beziehung ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

a) aus der Bereicherung

a) Die in § 930 bestimmte Kondiktionsfreiheit in Ansehung der gezogenen Nutzungen gilt nur für den Besitzer und diejenigen Personen, welche bei Unterstellung des Eigenthumes des Besitzers nutzungsberechtigt gewesen sein würden. Ist das Eigenthum nicht durch die Entziehung des Besitzes total verletzt und sind Nutzungen auf Grund eines von dem Eigenthümer abgeleiteten, aber in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtes gezogen, so würde eine gleiche Begünstigung des in Folge hiervon Bereicherten nicht gerechtfertigt sein, da nur das fälschliche Vertrauen auf das Eigenthum des Besitzers, nicht aber ein sonstiger Irrthum über die Erfordernisse der Begründung des eigenen Nutzungsrechtes einen gewissen Schutz verdient.

b) aus Delikt.

b) Die bei der Vindikation in § 935 bestimmte Modifikation der Vorschriften über die Haftung aus Delikt geht dahin, daß dasjenige Verschulden, welches erforderlich ist, um in der Erwerbung des Besitzes oder der Inhabung durch einen Nichtberechtigten ein Delikt zu erblicken, in der Regel nicht in

einem schuldvollen Verkennen des Nichteigenthumes des Besitzerwerbers durch diesen selbst oder durch denjenigen, welcher für denselben die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, gefunden werden kann. Wird dem Eigenthümer nicht der Besitz der Sache entzogen, sondern das Eigenthum nur partiell verletzt, so kann sich die Annahme eines Rechtes zu solcher Verletzung nicht in einer Unkenntniß des Auseinanderfallens von Besitz und Eigenthum, sondern nur in einem Irrthume über das eigene Recht, welches der Verletzende sich zuschreibt, gründen. Die Voraussetzungen des Vorhandenseins eines eigenen gegen das Eigenthum oder gegen den Eigenthümer sich richtenden Rechtes hat aber derjenige, welcher mit Rücksicht auf ein solches Recht einzelne thatsächliche Verfügungen in Beziehung auf die Sache vornimmt, fortdauernd bei jeder einzelnen Verfügung mit aller Sorgfalt zu prüfen, um nicht der Haftung als Delinquent zu unterliegen.

Unredl. Besitz. Ein Analogon des unredlichen Besitzes (§ 931) giebt es bei der Negatorienklage nicht. Dasselbe müßte in einem Rechtsbesitze zu suchen sein. Sollten auch die Voraussetzungen des in § 979 bestimmten possessorischen Schutzes vorliegen, so wird doch derjenige, welcher in Kenntniß des Mangels in seinem Rechte das Eigenthum verletzt, als Delinquent sich haftbar machen.

Prozeßbesitz. Ebensowenig giebt es bei der Negatorienklage ein Analogon des Prozeßbesitzes. Sollten während des Prozesses die Eigenthumsverletzungen in Ausübung eines vermeintlichen Rechtes fortgesetzt sein, vielleicht unter possessorischem Schutze auf Grund des § 979, so bestimmt sich die Haftung des unterliegenden Beklagten nach den Vorschriften über die Deliktshaftung, über die Folgen des Verzuges und über die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Einwendungen gegen den negatorischen Anspruch.

§ 944.

Beweislast. 1. Die Allegirung der Vorschriften des § 942 stellt klar, daß der Eigenthümer nicht die Rechtswidrigkeit der zuständlichen objektiven Eigenthumsverletzung, deren Beseitigung mit der Negatorienklage verlangt wird, zu beweisen hat, sondern daß dem Gegner der Beweis der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens obliegt. Durch diese Beweispflicht des Beklagten gegenüber dem dinglichen Anspruche wird übrigens nicht der Frage vorgegriffen, ob nicht der Verletzte bei Erhebung von Schadensersatzansprüchen des Beweises der subjektiven Zurechenbarkeit der Verletzung zunächst enthoben ist.

Benennung des Gewährsmannes. 2. Für den Vindikationsprozeß ist in § 73 der C. P. O. die Befugniß des beklagten Inhabers zur laudatio auctoris bestimmt und sind dort auch die Folgen der Benennung des Gewährsmannes geregelt. Es würde mindestens sehr zweifelhaft sein, ob in Ermangelung einer besonderen Bestimmung auch im Falle der Negatorienklage eine ähnliche laudatio auctoris zulässig ist. Das sächs. G. B. § 324 bestimmt die analoge Zulässigkeit.

Die Rechtmäßigkeit der durch die Negatorienklage angegriffenen zuständlichen partiellen Eigenthumsverletzung, mag dieselbe nun in Anlagen sich verkörpern oder in geübter Benutzung, welche eine Fortsetzung gewärtigen läßt,

hervortreten, kann möglicher Weise aus einem Rechte nicht des unmittelbar Handelnden sondern desjenigen, in dessen Namen gehandelt ist, sich ergeben. Der unmittelbar Handelnde hat in einem solchen Falle eine ähnliche Stellung als Vertreter eines Anderen, wie der Inhaber; dabei ist die Vertretung auch hier nicht als eine rechtsgeschäftliche zu denken (vergl. S. 86, 87). Der negatorische Anspruch richtet sich zunächst gegen den unmittelbar Handelnden, doch liegt es hier wie im Vindikationsfalle in dem Interesse aller Betheiligten, daß über die Rechtmäßigkeit der Eigenthumsbeeinträchtigung nur einmal und zwar zwischen dem Eigenthümer und dem angeblich Berechtigten verhandelt wird. Diesem Zwecke dient die laudatio auctoris. In dem Falle der Besitzstörungsklage, für welchen der § 73 der C. P. O. im Entwurfe nicht allegirt ist, liegt ein ähnliches Interesse der Betheiligten nicht vor. Dabei ist übrigens in beiden Fällen nicht ausgeschlossen, daß, wenn es feststeht, der unmittelbar Handelnde habe als Werkzeug eines Dritten gehandelt, dieser Dritte als der eigentlich Handelnde sofort in Anspruch genommen werde.

Publizianische Rechtsposition.

§ 945.

Bedürfniß.

1. Bei der Geltendmachung der in dem Eigenthume sich gründenden Ansprüche hat der Kläger nach § 193 und nach § 230 der C. P. O. den Thatbestand, an welchen seine Eigenthumserwerbung sich knüpft, im Einzelnen anzugeben — seine Klage zu substantiiren — und seine Angaben zu beweisen. Da bei einer abgeleiteten Eigenthumserwerbung das Eigenthum des Rechtsurhebers vorausgesetzt wird, so ist auch dieses zu behaupten und zu beweisen. Hierin liegt eine Schwierigkeit der Eigenthumsverfolgung, welcher das geltende Recht in verschiedener Weise entgegenzutreten bemüht gewesen ist. Die Schwierigkeit reicht so weit, wie der abgeleitete Eigenthumserwerb reicht, und zwingt den Kläger, mit seinen Behauptungen bis auf einen Vormann zurückzugehen, in dessen Person ein ursprünglicher Eigenthumserwerb stattgefunden hat.

Im Entwurfe ist die bezeichnete Schwierigkeit für die Rechte an Grundstücken durch § 826 erledigt, für das Eigenthum an beweglichen Sachen aber, gegenüber dem gemeinen Rechte, durch die Vorschriften über den Erwerb des Eigenthumes in gutem Glauben (§§ 877—879) wesentlich beschränkt; auch sind dem Eigenthümer in den auf bewegliche Sachen ausgedehnten possessorischen Klagen (§§ 819—824) und durch die Kondizirbarkeit des Besitzes (§ 737 Abs. 3) Mittel geboten, sich auf andere Weise als durch Geltendmachung seines Eigenthumes zu helfen. Gleichwohl bleibt ein Bedürfniß bestehen; denn die Besitzklage und die condictio possessionis haben eine rein persönliche Richtung, und der Erwerb in gutem Glauben erleidet Ausnahmen und bezieht sich überall nicht auf die allerdings seltenen und ausnahmsweisen Fälle des derivativen Eigenthumserwerbes ohne Tradition.

Die Ansprüche des geltenden Rechtes

2. Das geltende Recht führt zur Erwägung zweier verschiedener Wege, welche zur Erleichterung der Eigenthumsverfolgung dienen können.

aus verlorenem Besitze,

a) In der deutschrechtlichen Doktrin wird demjenigen, welcher den Besitz der Sache unfreiwillig verloren hat, ein dinglicher Herausgabeanspruch beigelegt, über dessen Gestaltung im Einzelnen übrigens verschiedene Meinungen bestehen[1]). Das preuß. Recht läßt bei der Geltendmachung des Eigenthumes den Nachweis genügen, daß dem Kläger der Besitz der Sache durch Gewalt, List oder Betrug oder sonst ohne seinen Willen entkommen ist[2]). In einem solchen Falle ist es Sache des Beklagten, seinen Besitztitel anzugeben und nachzuweisen. Verweigert er dies, so gilt er als unredlicher Besitzer und unterliegt. Kommt er jener Verpflichtung nach, so ist es dem Kläger möglich, auf Grund des aufgestellten Thatbestandes die Unredlichkeit des Beklagten darzuthun. Zwischen zwei Personen, welche ihren Erwerb von demselben Rechtsurheber ableiten, entscheidet die Priorität der Besitzerwerbung. Das franz. und das schweiz. Recht geben dem Bestohlenen und dem Verlierer eine Vindikation[3]).

Bei prinzipieller Entwickelung des dem deutschen Rechte zu entnehmenden Grundgedankens würde man zu dem Satze gelangen, daß der frühere Besitzer, welchem der Besitz der Sache auf eine den Eigenthumserwerb in der nächsten Hand ausschließende Weise abhanden gekommen ist, mag nun der Besitz dem früheren Besitzer ohne dessen Willen entzogen oder die Sache von dem früheren Besitzer in unwirksamer Weise tradirt sein, bei Erhebung der in dem Eigenthume sich gründenden Ansprüche nur seinen früheren Besitz und die Art des Verlustes desselben zu behaupten und zu beweisen brauchte. Für die innere Richtigkeit des Satzes könnte die Erwägung angeführt werden, daß bei einer solchen Art des Besitzverlustes nur eine spätere originäre Eigenthumserwerbsart denkbar ist, sobald man nur davon ausgeht, daß der frühere Besitzer zur Zeit seines Besitzes als Eigenthümer zu vermuthen und deshalb der stattgehabte erste Besitzwechsel als der Uebergang des Besitzes aus der Hand des Eigenthümers in die Hand eines Nichteigenthümers anzusehen ist.

Gegen die Einschlagung des deutschrechtlichen Weges sprechen überwiegende Bedenken. Derselbe könnte nur zu einer Beweiserleichterung führen und würde die exceptio de jure tertii dem Beklagten frei lassen. Die zugestandene Beweiserleichterung läuft in ihrem materiellen Resultate darauf hinaus, daß die Deliktsansprüche und die Kondiktionsansprüche des Verlierers der Sache gegen denjenigen, an welchen zunächst der Besitz der Sache gelangt ist, zu actiones in rem scriptae gemacht werden, ein Verfahren, gegen welches gewichtige Bedenken sprechen.

auf Grund der Ersitzungslage,

b) Im röm. Rechte ist ein besonderer Schutz des Eigenthumes dadurch geschaffen, daß derjenige, welcher in die Ersitzungslage eingetreten ist und vor der Beendigung der Ersitzung den Besitz der Sache verloren hat, aus den Händen eines Jeden die Sache absordern kann, welcher sich nicht als Eigenthümer oder als in gleicher Lage befindlich auszuweisen vermag. In den

---

[1]) Stobbe, d. Priv. R. Bd. 2 § 146 S. 562, 566; Laband, die vermögensrechtl. Klagen der sächs. Rechtsquellen S. 50, 118; Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechtes S. 151, 152.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 7 § 184; I, 15 § 34; I, 10 § 23.

[3]) Code civil Art. 2279; schweiz. Obl. R. Art. 206.

neueren Gesetzgebungen wird die publizianische Rechtsposition nicht an den Eintritt in die Ersitzungslage, sondern an die redliche und rechtmäßige Besitzerwerbung geknüpft[1]). Die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird als auf einer objektiven Grundlage beruhend gedacht und die obligatorische causa der Erwerbung des Eigenthumes für eine solche Grundlage erachtet. Von der Beweiserleichterung zu Gunsten des Verlierers der Sache unterscheidet sich die publizianische Erleichterung des Eigenthumsschutzes in dem wesentlichen Punkte, daß an die qualifizirte Besitzerwerbung die Entstehung einer dinglichen eigenthumsähnlichen Rechtsposition geknüpft wird. Dieser Rechtsposition wohnt ebenso, wie dem Eigenthume, ein absoluter Karakter bei; doch kann dieser absolute Karakter unter den streitenden Theilen, welche beide Eigenthum an der Sache sich zuschreiben, wegen der Undenkbarkeit eines doppelten absoluten Rechtes gleichen Inhaltes nicht beibehalten, und muß deshalb in diesem inneren Verhältnisse ein Unterschied in der Güte der gleichinhaltlichen Rechtspositionen gemacht und der besseren Rechtsposition der Vorzug eingeräumt werden. Die praktisch wichtige Folge einer solchen Regelung ist, daß im Eigenthumsprozesse über bewegliche Sachen die exceptio de jure tertii, welche sonst zulässig sein würde, ausgeschlossen wird. Hierzu treibt ein dringendes Bedürfniß, da es zu großen Unzuträglichkeiten führen würde, wenn im Eigenthumsprozesse darüber verhandelt werden könnte, ob vielleicht eine dritte Person der wahre Eigenthümer und um deswillen der Beweis des klägerischen Rechtes als nicht erbracht anzusehen sei. Die Rücksicht auf ein solches Bedürfniß muß für die Bestimmung einer publizianischen, an eine qualifizirte Besitzerwerbung sich anknüpfenden Rechtsposition entscheiden. Die Aufstellung einer Präsumtion zu Gunsten des dominium auctoris kann nach dem Entwurfe nicht in Frage kommen, da in den Fällen des Eigenthumserwerbes mittels Uebergabe schon so nach dem Entwurfe nicht das dominium auctoris, sondern nur der auf dieses Eigenthum sich beziehende gute Glaube des Erwerbers nach § 877 zu beweisen ist, und für die seltenen Fälle eines derivativen Eigenthumserwerbes ohne Tradition die Bestimmung einer solchen Besonderheit entbehrlich ist und wenig angemessen sein würde.

auf Grund der Besitzerwerbung.

Eigenthumsähnliche Rechtsposition.

Exceptio de jure tertii.

Wenn der Entwurf auch im Prinzipe sich an das gemeine Recht und die demselben folgenden Gesetzgebungen anschließt, so war doch eine selbständige Regelung mit Rücksicht auf die Vorschriften des Entwurfes über den Erwerb in gutem Glauben und über die Ersitzung, sowie mit Rücksicht darauf erforderlich, daß nach dem Entwurfe der obligatorischen causa der Eigenthumserwerbung ein Einfluß, wie solchen das bisherige Recht derselben beilegt, nicht einzuräumen ist.

Standpunkt des Entw.

3. Ueber die Vorschriften des Entwurfes ist im Einzelnen zu bemerken:

I. Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsnorm.

Voraussetzungen der Rechtsnorm: a) Besitzerwerbung

a) Der Entwurf verlangt Besitzerwerbung. Die Fälle, in denen der Eigenthumserwerb ohne gleichzeitigen Besitzerwerb sich vollzieht, bleiben unberücksichtigt. In dem Falle des originären Erwerbes, welcher unabhängig

[1]) Sächs. G. B. § 325, vergl. § 187; bayr. L. R. II, 2 § 9; österr. G. B. §§ 372—374; zür. G. B. § 516; bayr. Entw. III Art. 181, hess. Entw. II, 3 Art. 12, II, 2 Art. 10. Vergl. auch preuß. A. L. R. I, 10 §§ 21—23.

von dem Eigenthume eines bestimmten Rechtsvorgängers eintritt, z. B. bei Fund und Schatz (§§ 918, 928), ist eine publizianische Rechtsposition kein Bedürfniß. Die Fälle des derivativen Erwerbes ohne Universalsukzession, in denen nicht zugleich Besitz erworben wird, sind äußerst selten (vergl. § 544 Abs. 5, 7, § 1343), und genügt hier, daß der Erwerber die publizianische Rechtsposition aus der Person seines Rechtsurhebers in Anspruch nehmen kann.

b) Guter Glaube des Erwerbers.

b) Würde der Entwurf die publizianische Rechtsposition lediglich an den Eintritt in die Ersitzungslage knüpfen, so würde die zu bestimmende Voraussetzung auf die Besitzerwerbung sich beschränken und nur nach § 881 für den Fall der mala fides eine Ausnahme eintreten. Man wird aber nicht die actio Publiciana zu einem lediglich auf den älteren Besitz gestützten und damit als Besitzvindikation erscheinenden Rechtsmittel machen dürfen. Deshalb ist nicht, wie bei der Ersitzung, für den Fall der mala fides eine Ausnahme zu bestimmen, sondern die bona fides, welche analog zu definiren ist, zur Voraussetzung der begünstigenden Rechtsnorm zu machen. Durch diese Modifikation wird bewirkt, daß der Kläger auf den Zeitpunkt der Erwerbung seines Besitzes zurückgehen und Umstände darlegen muß, welche geeignet sind, die bona fides für ihn zu begründen. Es muß also ein zur Zeit der Besitzerwerbung vorhandener Thatbestand nachgewiesen werden, auf welchen objektiv ohne grobe Fahrlässigkeit die Annahme der Eigenthumserwerbung gegründet werden kann. Der gute Glaube deckt, wie bei der Ersitzung, alle ohne grobe Fahrlässigkeit übersehenen Mängel, welche der wirklichen Eigenthumserwerbung entgegenstanden. Eine Spezialisirung im Gesetze ist überflüssig und nicht möglich.

Auch bezüglich des titulus pro herede ist ein Besonderes nicht zu bestimmen, da der Thatbestand des Erbrechtes von selbst den Glauben des Erben, Eigenthümer der in der Erbschaft vorgefundenen Sachen geworden zu sein, von der Voraussetzung des Eigenthumes des Erblassers abhängig sein läßt.

Die Kenntniß der Anfechtbarkeit des Erwerbungsaktes wird hier ebenso zu beurtheilen sein, wie im Falle des Eigenthumserwerbes in gutem Glauben (§ 945 Abs. 1 Satz 2).

Inhalt der Rechtsnorm.

II. Inhalt der Rechtsnorm. Der publizianisch Berechtigte gelangt in die absolute Rechtsstellung des Eigenthümers. Aus dieser absoluten Rechtsstellung heraus kann er die auf die Herstellung des dem Eigenthume entsprechenden Zustandes gehenden Ansprüche gegen alle übrigen Personen geltend machen. Für den negatorischen Anspruch eine Ausnahme zu machen, liegt kein Grund vor. Hiernach können also alle übrigen Personen die durch den guten Glauben gedeckten Mängel des Erwerbsthatbestandes der Regel nach nicht geltend machen.

Soweit der im Eigenthume sich gründende Anspruch nicht auf Herstellung des dem Eigenthume entsprechenden Zustandes, sondern auf Schadensersatz, Ersatz der Nutzungen, Herausgabe der Bereicherung aus der Sache geht, erhebt sich die Frage, ob dem Beklagten die exceptio de jure tertii abgeschnitten werden kann, weil derselbe durch Leistung an den Kläger gegenüber dem wahren Eigenthümer, der ihm wohlbekannt ist, nicht befreit werden würde. Der Entwurf läßt die Wirksamkeit der publizianischen Rechtsposition bei Geltendmachung von Schadens- und Ersatzansprüchen rein persönlicher Natur,

welche im Eigenthume sich gründen, dahingestellt, da eine richtige Entscheidung sich aus den allgemeinen Grundsätzen wird ableiten lassen.

Dem wirklichen Eigenthümer kommt die publizianische Rechtsposition prozessualisch in der Weise zu statten, daß auch ihm gegenüber nur die nach der Ausnahmebestimmung des § 945 Abs. 2 zugelassene Berufung auf ein eigenes Recht an der Sache stattfinden kann und folglich die exceptio de jure tertii ausgeschlossen bleibt.

Relative Güte des publ. Rechtes.

III. Die Rechtsnorm, welche bestimmt, daß der publizianisch Berechtigte als Eigenthümer behandelt werden solle, soll dem wirklichen Eigenthümer keinen Abbruch thun, erleidet also dem wirklichen Eigenthümer gegenüber keine Anwendung und ebensowenig einer Person gegenüber, welche nach der der publizianischen Klage zu Grunde liegenden Wahrscheinlichkeitsrechnung eine ebenso große oder eine größere Wahrscheinlichkeit des wirklichen Eigenthumes für sich in Anspruch nehmen kann. Stehen sich zwei Parteien gegenüber, welche beide die publizianische Rechtsposition für sich behaupten und nachweisen, so darf man das Rangverhältniß nicht nach der Regel „prior tempore potior jure“ bestimmen[1]), denn der wirkliche Rechtserwerb bleibt unaufgeklärt; es wird deshalb dem Besitzstande der Vorzug zu geben sein. Nur dann, wenn beide Theile ihr Recht von demselben Rechtsvorgänger ableiten, wird man mit dem sächs. G. B. § 327 den Zeitpunkt des Erwerbes entscheiden lassen müssen, da unter den Parteien, wenn überhaupt eine von beiden Eigenthum erworben hat, das Eigenthum von derjenigen erworben sein muß, welche sich auf einen früheren Veräußerungsakt des gemeinsamen Rechtsvorgängers berufen kann.

Mala fides superveniens

IV. Für den Fall einer mala fides superveniens, durch welche nach der herrschenden Meinung der gemeinrechtlichen Doktrin die publizianische Rechtsposition aufgehoben wird, macht der Entwurf keine Ausnahme von der Rechtsnorm. Wenn eine solche Ausnahme bestimmt würde, so würde ein Weg geboten sein, auf welchem eine Verhandlung über das Recht eines Dritten, welche gerade verhütet werden soll, herbeigeführt werden könnte.

Fünfter Titel.

Miteigenthum.

Vorbemerkungen.

Getheiltes, ungetheiltes Recht.

1. Der Entwurf geht davon aus, daß, wenn ein Recht mehreren Personen zusammen, nicht etwa einer jeden in solidum, wie im Falle des aktiven Gesammtschuldverhältnisses, zusteht, entweder eine Theilung des Rechtes eintritt (§ 320) oder bei ungetheiltem Zustehen des Rechtes, ein Gemeinschaftsverhältniß sich ergiebt (§ 762).

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 10 § 23.

Bei Rechten an Sachen scheidet der Fall des akzessorischen Pfandrechtes aus, da hier die mehreren Forderungsberechtigten so stehen, als wenn für einen jeden ein Pfandrecht gleichen Inhaltes zu gleichem Range begründet wäre. In den Fällen der Grundschuld und Reallast ist die für die Forderungsrechte gegebene Regel der Theilbarkeit analog anwendbar. Im Uebrigen tritt bei Konkurrenz mehrerer Berechtigter Gemeinschaft ein.

Die Untheilbarkeit eines dinglichen Rechtes, z. B. einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, ist für das Stattfinden eines Gemeinschaftsverhältnisses, welches bei der Grunddienstbarkeit nur auf das herrschende Grundstück sich beziehen kann, nicht hinderlich, sondern nur von Einfluß in Ansehung des Verhältnisses unter den Betheiligten.

Bruchtheile. 2. Steht ein Recht an der Sache mehreren Personen ungetheilt zu, so kommt weiter in Frage, ob das Recht den Betheiligten nach Bruchtheilen zustehe. Die Vorschrift des § 762 macht ein solches Zustehen zur Regel. Positive Ausnahmen von dieser Regel werden im Sachenrechte nicht bestimmt; dagegen bleibt nicht ausgeschlossen, daß aus der besonderen Natur einzelner Rechte an Sachen, insbesondere aus der Untheilbarkeit dieser Rechte, Modifikationen sich ergeben, nämlich bei den Grunddienstbarkeiten und bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Kollision und Gemeinschaft. Die Voraussetzung, daß *dasselbe* Recht an der Sache mehreren Personen zusteht, erfüllt sich, wenn nach dem rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Begründungsthatbestande das Recht für die Mehrheit begründet wird. Etwas anders liegt der Kollisionsfall, wenn nämlich gleichinhaltliche und dem Range nach gleichstehende Rechte an Sachen zusammentreffen, welche neben einander nicht voll ausgeübt werden können. Die Identität des Rechtes beurtheilt sich nach dessen Entstehung, nicht nach dessen Inhalt. Für den Fall der Kollision von Rechten an Sachen gilt deshalb die Regel des § 762 Abs. 1 nicht; nur bleibt eine durch die Rechtsanalogie sich rechtfertigende Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchtheilen für den Kollisionsfall nicht ausgeschlossen. Ein kollidirendes verschiedenes Eigenthum mehrerer Personen an derselben Sache wird in Folge der Vorschriften über die Eigenthumserwerbung kaum vorkommen können; nur kollidirende publizianische Rechtspositionen bleiben möglich. Dieser Kollisionsfall hat jedoch in § 945 Abs. 2 seine Lösung gefunden.

Anomale Gemeinschaft. Von der Regel des Zustehens des ungetheilten Rechtes nach Bruchtheilen giebt es positive Ausnahmen, welche sich nicht nur auf Rechte an Sachen, sondern auf alle zu einem gemeinschaftlichen Vermögen, z. B. bei einer Handelsgesellschaft oder bei der ehelichen Gütergemeinschaft, gehörenden Gegenstände beziehen und deshalb hier nicht erörtert zu werden brauchen. Bei der Gemeinschaft und bei dem Miteigenthume beruht die auch nach Außen wirksame Ordnung des Rechtsverhältnisses auf der Zuschreibung von nach Quoten bemessenen Antheilsrechten an die Genossen. Bestimmt das Gesetz eine von dieser Ordnung ganz verschiedene Ordnung der Gemeinschaft, ohne nach Quoten bemessene Antheilsrechte, so liegt hierin nicht eine theilweise, die Ausnahme gegenüber der Regel bildende Modifikation des gewöhnlichen Kommunionsrechtes, sondern ein vollständiger Ersatz desselben durch eine andersartige Regelung.

Die Vorschriften über Kommunion behalten deshalb nicht subsidiäre Geltung für die anomale Gemeinschaft, sondern können höchstens, wenn bei der letzteren Lücken der gesetzlichen Regelung sich zeigen, insoweit zur Ergänzung herangezogen werden, als eine solche Heranziehung durch die Rechtsanalogie sich rechtfertigt.

Anwendung der Vorschriften über Gemeinschaft.

3. Steht ein Recht an einer Sache mehreren Personen zu und liegt keine Ausnahme von der Regel der Theilung nach Bruchtheilen vor, so finden nach § 762 Satz 2 die Vorschriften über Gemeinschaft Anwendung. Die Vorschriften über Gemeinschaft regeln die gegenseitigen obligatorischen Beziehungen unter den Theilhabern, wobei zu bemerken ist, daß es sich um solche Verbindlichkeiten handelt, welche lediglich in dem Antheilsverhältnisse ihre Grundlage, also bei gemeinschaftlichen Rechten an Sachen eine dingliche Grundlage haben. Gläubigerschaft und Schuldnerschaft hängen mithin von der Zuständigkeit des Antheilsrechtes ab. Im Obligationenrechte konnten für den Fall, daß ein Recht an der Sache Gegenstand der Gemeinschaft ist, in Ansehung der Uebertragung oder Belastung des Antheiles und über die Ansprüche aus einer Verletzung des Antheilsrechtes, welche nicht eine Verletzung der Kommunionspflichten ist, Vorschriften nicht gegeben werden; denn derartige Vorschriften gehören, soweit sie erforderlich sind, in denjenigen Abschnitt, welcher von dem besonderen gemeinschaftlichen Rechte handelt. Für das Sachenrecht ergiebt sich die weitere Frage, inwieweit allgemeine Vorschriften in der bezeichneten Richtung, welche sich auf alle Arten der Rechte an Sachen beziehen oder doch über das Miteigenthum in einem gewissen Umfange hinausgreifen, zu geben sind. Eine Vorschrift der letzten Art findet sich in § 827, wo bestimmt ist, daß bei Eintragung eines Rechtes an dem Grundstücke im Zweifel Bruchtheile und zwar gleiche Bruchtheile als eingetragen gelten. Im Uebrigen giebt der Entwurf zunächst Vorschriften über das Miteigenthum, von denen der den Schutz des Miteigenthumes betreffende § 951 in den §§ 964, 1017, 1155 beim Erbbaurechte, beim Nießbrauche und beim Faustpfandrechte in Bezug genommen ist. Daneben wird in § 1012 Abs. 1 in Ansehung der Veräußerung einer Nießbrauchsquote eine dem § 948 entsprechende Bestimmung gegeben und in § 1012 Abs. 2 eine Besonderheit hinzugefügt. Ueber die Belastung eines Bruchtheiles eines Grundstückes oder des Antheiles eines Miteigenthümers finden sich Vorschriften in den Abschnitten über die belastenden Rechte, §§ 953, 961 Abs. 2, §§ 968, 981, 985, 1045, 1053, 1063, 1146. Ueber die Belastung der Quote eines anderen Rechtes an der Sache als des Eigenthumes (nur die Nießbrauchquote kann in Frage kommen) sind besondere Bestimmungen, insbesondere eine dem § 947 entsprechende Vorschrift, nicht gegeben; eine solche Belastung beurtheilt sich nach den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten.

Ergänzung dieser Vorschriften

Dingliche Regelung des Verhältnisses.

4. Eine dingliche Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses durch Rechtsgeschäft läßt der Entwurf (§ 949) nur in Ansehung des Theilungsausschlusses bei Grundstücken zu. Man könnte auf diesem Wege fortschreiten und auch eine dingliche Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses in Ansehung des Benutzungsrechtes und der Unterhaltungspflicht zulassen. Der Entwurf geht davon aus, daß kein allgemeines Bedürfniß vorliege, so weit zu gehen. Indessen

Sonderrechte an Gebäudetheilen.

kann nicht geleugnet werden, daß die Zulassung einer solchen vertragsmäßigen Regelung geeignet ist, das nach dem Entwurfe (§ 783) ausgeschlossene Eigenthum an einzelnen Gebäudetheilen insbesondere Stockwerken, welches in einigen Gebieten des Reiches vorkommt[1]), in angemessener Weise zu ersetzen. Eine derartige Konstruktion des Sonderrechtes an Gebäudetheilen ist der Rechtswissenschaft nicht fremd, obwohl die Auffassung der Sonderrechte als superfiziarischer Rechte häufiger zu sein scheint[2]).

Dem partikulären Bedürfnisse wird durch eine in dem Entwurfe des Einführungsgesetzes aufzunehmende Bestimmung genügt werden, welche den Landesgesetzen die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung von Sonderrechten an Gebäudetheilen in der Konstruktion als Miteigenthum unter dinglicher Regelung des Benutzungsrechtes und der Unterhaltungslast ohne die Beschränkungen des § 767 Abs. 2, 3 vorbehält.

Unentschiedene Fragen.

5. Das Miteigenthum führt zu einer Reihe von Fragen, welche der Entwurf nicht ausdrücklich beantwortet, weil es für angemessener gehalten wird, die Beantwortung dieser Fragen der Doktrin und Praxis zu überlassen.

Auch wenn Miteigenthum in Wirklichkeit nicht besteht, kann doch um deswillen von einer gedachten Theilung des Eigenthumes auszugehen sein, weil einzelne Eigenthumsantheile besonders belastet sind. Dies kann in verschiedener Weise vorkommen. Die Antheilsrechte können in eine Hand zurückgekehrt sein, aber unter verschiedenartiger Belastung. Der Alleineigenthümer kann nicht die ganze Sache, sondern nur einen zu diesem Zwecke von ihm geschaffenen Antheil bezw. der Miteigenthümer eine Quote seines Rechtes belastet haben (vergl. § 985 Abs. 2). Die Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses und die Entscheidung über den Rang der die ganze Sache bezw. einzelne Antheile belastenden Rechte wird keine besonderen Schwierigkeiten machen.

Es kann in Frage kommen, ob die Bestellung eines begrenzten Rechtes an allen Quoten als Bestellung an der ganzen Sache zu gelten hat und deshalb wirksam ist, wenn auch das fragliche Recht an einzelnen Quoten nicht bestellt werden konnte.

Ferner kann man fragen, ob in der Verfügung über die ganze Sache eine Verfügung über die Quote liegt, z. B. wenn ein Theilhaber, welcher sich für den Alleineigenthümer hielt, verfügt hat. In Folge der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben hat diese Frage nur eine geringe praktische Bedeutung.

Daß über die ganze Sache rechtsgeschäftlich nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden kann, ergiebt sich schon aus § 763 Satz 2 und ist hier nicht besonders zu wiederholen[3]). Das Erforderniß der Gemeinschaftlichkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung kann einige Schwierigkeiten

---

[1]) Siehe oben S. 44, 45.

[2]) Abhandl. im preuß. Centralblatt 1842 S. 574 ff., Gruchot's Beitr. Bd. 8 S. 107, Förster-Eccius Bd. 3 § 168 Note 36, Platzner in der jur. Wochenschrift 1847 S. 370, Mandry, württ. Arch. Bd. 13 S. 191.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 17 § 10; sächs. G. B. § 330; bayr. L. R. II, 2 § 16 und IV, 13 § 3; bayr. Entw. II Art. 589 Abs. 3, hess. Entw. II, 3 Art. 2.

machen. Insbesondere wird in Frage kommen, ob und wie lange der einzelne Genosse an eine von ihm abgegebene Erklärung gebunden ist, wenn die sämmtlichen übrigen Genossen sich noch nicht erklärt haben. Die Möglichkeit einer Bindung des zuerst Erklärenden und die Auslegung seiner Erklärung in diesem Sinne wird nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sein.

Vorkaufsrecht.

6. Ein gesetzliches Vorkaufs- oder Näherrecht der Theilhaber bei Veräußerung des Antheilsrechtes durch einen Genossen ist im Entwurfe weder für den Fall der Gemeinschaft überhaupt noch auch für den Fall der Miteigenthumsgemeinschaft, sei es nun an beweglichen Sachen oder an Grundstücken, bestimmt. Solche Rechte mit verschiedenem Inhalte und unter verschiedener Gestaltung sind dem geltenden Rechte nicht fremd[1]). Der genossenschaftliche Retrakt soll dazu dienen, das Eindringen fremder Personen in eine Gemeinschaft zu verhindern. Wird dieser Retrakt im Allgemeinen abgelehnt, so liegt kein genügender Grund vor, ihn für den Fall zu bestimmen, wenn Grundstücke, und noch weniger, wenn bewegliche Sachen Gegenstand der Gemeinschaft sind. Die Zulassung des dinglichen Theilungsausschlusses verhindert das Eindringen eines zur Sprengung der Gemeinschaft berechtigten Genossen, und dies genügt. Daneben hilft für den angedeuteten Zweck, wenn die Gemeinschaft eine gesellschaftliche ist, die Vorschrift des § 644 Satz 1, daß die aus dem Gesellschaftsvertrage gegen die übrigen Gesellschafter zustehenden Forderungsrechte nicht übertragbar sind.

Terminologie.

7. Der Entwurf gebraucht für das Recht aller Genossen den in den neueren Gesetzgebungen üblichen, auch der Ausdrucksweise der Reichsgesetze, z. B. in den §§ 14, 44 der Konk. O., entsprechenden Ausdruck: „Miteigenthum" als einen technischen, ohne sich indessen den Gebrauch des synonymen Ausdruckes: „gemeinschaftliches Eigenthum" zu versagen (vergl. §§ 631, 855, 908).

§ 946.

Zulassung des Miteigenthumes

Der erste Absatz hebt die Möglichkeit hervor, daß dasselbe Eigenthum mehrere Subjekte haben kann, denen es gemeinschaftlich zusteht. Der Ausdruck „gemeinschaftlich" hat im Wesentlichen denselben Sinn, wie der Ausdruck „ungetheilt" in § 762, im Gegensatze zu jus ipso jure divisum. Obgleich der Entwurf davon ausgeht, daß die Frage, ob ein Recht einer Mehrheit von Subjekten zustehen kann, aus der Natur und dem Inhalte der einzelnen Rechte zu beantworten ist, so erscheint die Aufnahme einer Vorschrift über die Möglichkeit des Miteigenthumes doch um deswillen zweckmäßig, weil das Miteigenthum der häufigste Fall der Gemeinschaftlichkeit eines Rechtes ist.

Die Unmöglichkeit eines dominium plurium in solidum[2]), d. h. eines ungelösten Eigenthumskonfliktes, und die Unmöglichkeit einer Theilung des

[1]) Preuß. Ges. vom 20. März 1850 § 2 Nr. 6 § 4 (G. S. S. 77), preuß. A. L. R. I, 17 §§ 61, 65; bayr. Landtagsabsch. vom 10. November 1861. Als gemeinrechtlich anerkannt kann der Retrakt ex jure condominii nicht gelten; doch ist derselbe durch partikuläres Gewohnheitsrecht zuweilen, z. B. in Coburg (nach Mittheilung der dortigen Regierung), aufgenommen.

[2]) Sächs. G. B. § 225.

Eigenthumes nach Befugnissen, bei welcher den mehreren Berechtigten sämmtlich Eigenthum zugeschrieben wird, berührt die Möglichkeit des Miteigenthumes nicht.

Anomales Miteigenthum.

Daß die Mehrheit der Subjekte des gemeinschaftlichen Eigenthumes eine nach innen und nach außen wirkende Regelung des gegenseitigen Verhältnisses unter den mehreren Subjekten erfordert, ist zuzugestehen; dagegen ist nicht erforderlich, daß diese Regelung das Bruchtheilsverhältniß zur Grundlage habe, und die Möglichkeit des Miteigenthumes ist deshalb nicht auf den Fall des Quoteneigenthumes zu begrenzen, wie in einigen Gesetzgebungswerken geschieht[1]). Der erste Absatz des § 946 erwähnt deshalb die Quotentheilung nicht. Dabei bleibt indessen die Bestimmung des Verhältnisses der Miteigenthümer unter Zugrundelegung der Bruchtheilung und unter Anwendung der Vorschriften des Abschnittes über Gemeinschaft und dieses Abschnittes die Regel. Auf diese Regel wird im zweiten Absatze des § 946 hingewiesen. Ein anomales Miteigenthum kennt der Entwurf nur bei der ehelichen allgemeinen oder theilweisen Gütergemeinschaft (§§ 1344, 1417, 1431).

Aus den Vorschriften des § 946 ergiebt sich auch, daß der Entwurf das Recht des Einzelnen als Eigenthum ansieht und nicht etwa das Quotenrecht als ein neben das Eigenthum sich stellendes und dasselbe belastendes Recht behandelt. Auf die Miteigenthumsquote finden deshalb alle Vorschriften über Eigenthum Anwendung (vergl. §§ 948, 951).

Der zweite Absatz des § 946 wiederholt die Vorschrift des § 762 Abs. 2 für den Fall des gemeinschaftlichen Eigenthumes und bildet eine Einleitung zu den folgenden Paragraphen.

§ 947.

Belastung der Sache für einen Miteigenthümer.

Die Möglichkeit des Fortbestandes eines begrenzten Rechtes, nachdem dasselbe sich mit dem Eigenthume oder einer Eigenthumsquote in derselben Person vereinigt hat, beurtheilt sich nach den Vorschriften der §§ 835, 1016 Abs. 1, §§ 1097—1100, 1193. Ein Zweifel könnte sich nur in Ansehung des Fortbestandes des Nießbrauches und des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache ergeben, wenn der Berechtigte nachträglich Miteigenthümer geworden ist (§ 1016 Abs. 1, § 1093), doch wird hier der Fortbestand des begrenzten Rechtes des nunmehrigen Miteigenthümers an den Quoten der Genossen nicht bestritten werden können.

Die Vorschrift des § 947 bezieht sich nicht auf den Fortbestand eines begrenzten Rechtes im Falle der Konfusion desselben mit einer Miteigenthumsquote, sondern auf den Fall, daß durch die Begründung des begrenzten Rechtes dieses und der Eigenthumsantheil in einer Person sich vereinigen. Daß die Rechtslogik zu einer Unmöglichkeit des durch eine solche Begründung beabsichtigten Rechtseffektes führe, ist nicht zu behaupten. Ein Bedenken kann nur für den

---

[1]) Sächs. G. B. § 225; bad. L. R. Zusatzart. 544 d; bayr. Entw. III Art. 90, hess. Entw. II, 3 Art. 2. Dagegen: preuß. A. L. R. I, 8 § 14; österr. G. B. § 361. Vergl. auch zür. G. B. § 555.

Fall der rechtsgeschäftlichen Begründung daraus hergeleitet werden, daß in der Regel zu der rechtsgeschäftlichen Begründung eines begrenzten Rechtes, abgesehen von der Grundschuld (§ 1142), ein Vertrag erforderlich ist und der erwerbende Miteigenthümer deshalb mit sich selbst kontrahirt. Das Kontrahiren mit sich selbst, wenn der Kontrahirende zugleich als Vertreter und in eigenem Namen handelt, wird im Entwurfe nicht für prinzipiell ausgeschlossen erachtet. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um ein solches Kontrahiren mit sich selbst, sondern die Duplizität der Stellung des Miteigenthümers liegt darin, daß er einerseits als Einzelner, andererseits als Genosse der Gemeinschaft handelt. Den hieraus sich ergebenden Bedenken will die Vorschrift des § 947 entgegentreten[1]).

§ 948.

Uebertragung und Belastung eines Antheiles.

Daß die Bestimmungen über das Eigenthum auf das Miteigenthum Anwendung finden, ergiebt sich zwar schon aus § 946 Abs. 1; zur Ausschließung möglicher Zweifel erscheint jedoch eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich. Zweifel sind namentlich bei der Veräußerung von Antheilsrechten denkbar. Denn wenn die Antheilsrechte, wie mitunter gelehrt wird, eine besondere juristische Natur hätten und nicht einfach Eigenthum wären, so würden sie nach den Vorschriften über die Abtretung von Forderungsrechten übertragbar sein (§ 312). Die Vorschrift des § 948 soll einer solchen Auffassung vorbeugen. Das preuß. A. L. R. I, 17 § 5 hat eine Bestimmung ähnlichen Inhaltes. In Ansehung der Belastung eines Antheilsrechtes wird die Frage, inwieweit eine solche wegen der Natur der Last ausgeschlossen, oder, um verwickelte Rechtsverhältnisse zu verhüten, auszuschließen sei, bei den einzelnen begrenzten Rechten entschieden (§ 953, § 961 Abs. 2, §§ 968, 981, 985, 1045, 1053, 1063, 1146).

Wird bei dem Miteigenthume an beweglichen Sachen unter den mitbesitzenden Theilhabern nur das Quotenverhältniß geändert, so wird nach § 874 Abs. 3, da der Erwerber bereits Besitzer ist, der bloße Vertrag genügen.

Ausschließung der Theilung.

§ 949.

Dingliche Natur des Theilungsanspruches

Der Anspruch auf Theilung gründet sich im Antheilsrechte. Vor der Theilung ist das Verhältniß unter den Theilhabern nur vorläufig geregelt. Der endgültige, dem Inhalte des Antheilsrechtes entsprechende Zustand wird durch die Aufhebung der Gemeinschaft herbeigeführt. Der Anspruch auf Theilung ist mithin bei dem Miteigenthume dinglicher Natur, entsteht in jedem Augenblicke neu (§ 768) und steht einem jeden Einzelnachfolger zu, ohne daß derselbe durch die obligatorischen Verträge seines Rechtsurhebers an der Geltendmachung dieses Anspruches gehindert wird. Eine Beschränkung der Befugniß zur Erhebung des Theilungsanspruches durch obligatorischen Vertrag

Beschränkung der Theilung

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 571, bayr. Entw. III Art. 311, hess. Entw II, 4 Art. 67.

ist nicht ausgeschlossen, jedoch soll nach § 767 Abs. 2, 3 ein solcher Vertrag höchstens auf dreißig Jahre verpflichten und, wenn der Vertragschließende in Konkurs gerathen ist, den Konkurskurator nicht binden. Die Dispositivnorm des § 767 Abs. 2 Satz 2 läßt außerdem die Wirkung eines die Theilung hinausschiebenden obligatorischen Vertrages mit dem Tode eines Theilhabers endigen.

mit dinglicher Wirkung;

Von der obligatorischen ist die dingliche Ausschließung des Theilungsrechtes streng zu unterscheiden. Nur über die letztere ist an dieser Stelle zu bestimmen. Bei den anomalen Gemeinschaften ist das Theilungsrecht vermöge der Natur dieser Gemeinschaften (vergl. § 1345 Abs. 2) ausgeschlossen. Dem Resultate nach enthält also die Illation in eine solche Gemeinschaft eine dinglich wirkende Ausschließung des Theilungsrechtes. Die Gesellschaft ist in dem Entwurfe nicht als anomale Gemeinschaft geregelt (§ 631). Es steht nicht in der Privatautonomie der Gesellschafter, ihrem inneren obligatorischen Verhältnisse nach außen hin Wirksamkeit zu verleihen, die Bruchtheilung und die mit dieser zusammenhängende selbständige Rechtsstellung der Theilhaber in Ansehung der gemeinschaftlichen Gegenstände auszuschließen und die einzelnen Gesellschafter auf diejenigen Ansprüche in Ansehung des Gesellschaftsvermögens zu beschränken, welche der Gesellschaftsvertrag für dieselben ergiebt. Wenn bei gewissen Sozietäten wegen des häufigen Wechsels der Mitglieder bei beharrendem Sozietätszwecke an einer Vergemeinsamung pro indiviso besonders viel gelegen ist und eine anderweite Abhülfe, wie in den Vorschriften über die Handelsgesellschaften, sich nicht findet, so bleibt die Erlangung der juristischen Persönlichkeit der Weg, um in die gewünschte Rechtslage zu gelangen.

Mit dieser Behandlung der Sozietät in dem Entwurfe würde es nicht übereinstimmen, wenn bei der einfachen Kommunion der Ausschluß der Theilung durch dinglichen Vertrag allgemein freigegeben würde. Durch eine solche Freigebung würde eine dingliche Bindung der Vertragschließenden gestattet werden, welche insofern noch strenger wäre und unter veränderten Umständen noch drückender werden könnte als die entsprechende Bindung bei der Sozietät, weil bei letzterer die gesetzlichen Gründe für die Auflösung der Gesellschaft einem besonders drückend werdenden Gemeinschaftszwange vorbeugen, während bei dem dinglichen Theilungsausschlusse nicht in gleicher Weise den veränderten Umständen Rechnung getragen wird. Wenn das Gesetz schweigt, so ist der dingliche Theilungsausschluß nicht zugelassen. Das gemeine Recht läßt denselben zu[1]). In den neueren Gesetzgebungen scheint dem die Theilung ausschließenden Vertrage nur eine persönliche Wirkung[2]) beigemessen zu werden.

bei Grundstücken.

Wenngleich die Zulassung eines dinglichen Theilungsausschlusses im Allgemeinen nicht gerechtfertigt sein würde, so ist doch in Ansehung des Miteigenthumes an Grundstücken eine Ausnahme zu machen. Das Interesse an

---

[1]) Windscheid, Pand. § 449 Note 14, l. 14 § 3 D. comm. div. 10, 3, l. 16 § 1 D. pro socio 17, 2.

[2]) Zu vergl. preuß. A. L. R. I, 17 §§ 75, 270, 289, sächs. G. B. § 38, bayr. L. R. III, 1 § 14, dresd. Entw. Art. 854 Abs. 2, code civil Art. 815, österr. G. B. § 831, bayr. Entw. II Art. 591 Abs. 3, Art. 592.

einer dinglichen Sicherung der vereinbarten Fortsetzung der Gemeinschaft ist bei Grundstücken wegen der Unvergänglichkeit und der besonderen wirthschaftlichen Wichtigkeit derselben weit häufiger und weit stärker als bei anderen gemeinschaftlichen Gegenständen. Andererseits kann bei Grundstücken der Eintritt eines an die obligatorische Vereinbarung über die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht gebundenen Einzelnachfolgers in keiner Weise gehindert werden, während die Veräußerung des Antheiles an gemeinschaftlichen beweglichen Sachen an dritte Personen mit Schwierigkeiten verknüpft ist, da die Mitwirkung der mitinhabenden oder für den Veräußerer detinirenden Genossen bei der Tradition erforderlich, im Falle einer entgegenstehenden obligatorischen Vereinbarung aber nicht zu erlangen ist.

Es liegt in der Konsequenz, diejenigen absoluten Beschränkungen, welche für den obligatorischen Verzicht auf das Recht, die Theilung zu verlangen, aufgestellt sind, auch für den entsprechenden dinglichen Vertrag beizubehalten, da bei diesem die für die Beschränkung maßgebenden Gründe ihr volles Gewicht behalten. Es rechtfertigt sich mithin die Anwendung der in § 767 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 enthaltenen zeitlichen Schranke und der für den Konkursfall aufgestellten Beschränkung. Die in § 767 Abs. 2 Satz 2 für den Fall des Todes eines Theilhabers getroffene Bestimmung ist zwar nur dispositiver Natur, wirkt aber auch als dispositiver Satz einem Drückendwerden des Theilungsausschlusses bei veränderten Umständen entgegen. Aus diesem Grunde erscheint die Vorschrift auch bei dem dinglichen Theilungsausschlusse als angemessen; man kann insbesondere nicht behaupten, daß die Parteien durch die Verdinglichung einen auf die Beseitigung einer solchen Beschränkung gerichteten Willen an den Tag legten. Wollen die Parteien eine solche Beseitigung, so muß dieselbe in dem dinglichen Vertrage von ihnen ausgesprochen und bei der Eintragung in das Grundbuch aufgenommen werden. Die in § 2153 gedachte Verfügung von Todeswegen, durch welche die Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung von Nachlaßgegenständen untersagt wird, wirkt nur obligatorisch. Doch kann der Erblasser die Miterben durch seine Anordnung zur Verdinglichung verpflichten, soweit eine solche zulässig ist.

Was die Konstruktion der Verdinglichung des Theilungsausschlusses anbelangt, so bieten sich verschiedene Wege. Eine Verstärkung des obligatorischen Rechtes durch die ausnahmsweise Zulassung desselben zur Eintragung in das Grundbuch hat der Entwurf im Allgemeinen (vergl. S. 240) abgelehnt, weil eine derartige Gestaltung des Rechtsverhältnisses an nicht leicht zu beseitigenden Dunkelheiten leidet; auch hier wird von der Betretung dieses Weges abzusehen sein. Man könnte auch an die Konstruktion denken, daß durch ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot das Antheilsrecht in der Hand des obligatorisch Verpflichteten erhalten und damit der dingliche Anspruch desselben auf Theilung nach der analog anwendbaren Vorschrift des § 942 durch die Einrede aus obligatorischem Rechte dauernd vereitelt wird. Von einer derartigen Konstruktion sieht der Entwurf hier wie an anderen Stellen, insbesondere bei dem dinglichen Vorkaufsrechte, um deswillen ab, weil einigermaßen dunkel bleiben würde, wie das durch Veräußerungsverbot geschützte obligatorische Recht, welches diese seine Natur beibehält, an den dritten Erwerber heranreichen kann. Konstruktion.

Am einfachsten ist der Weg, daß man das in dem Antheilsrechte begründete Recht auf Theilung, welches dinglicher Natur ist, direkt durch die Wirkungen eines auf die Beschränkung desselben gerichteten Vertrages getroffen werden läßt. Diesem Wege folgt der Entwurf, indem er einen Vertrag zuläßt, durch welchen ein einzelner Theilhaber sein Recht auf Theilung zu Gunsten anderer Theilhaber, mögen dies einer, einige oder alle übrigen sein, aufgiebt. Hierin liegt eine Beschränkung des einen Antheilsrechtes zu Gunsten eines in Folge dessen erweiterten anderen Antheilsrechtes, welche dem einen Theile eine Unterlassungspflicht gegenüber dem anderen Theile auferlegt. Die auf den Antheil übernommene Last gewinnt Aehnlichkeit mit einer Grunddienstbarkeit. Wie bei dieser das gesetzliche Nachbarrecht durch gewillkürtes Nachbarrecht geändert wird, so wird bei dem dinglichen Theilungsausschlusse das gesetzliche Gemeinschaftsrecht mit dinglicher Wirkung durch gewillkürtes Gemeinschaftsrecht ersetzt. Die Beschränkung der Befugniß, die Theilung zu verlangen, wird somit als eine eigenartige dingliche Belastung zugelassen, welche statt des Grundstückes den Antheil eines Miteigenthümers zum Gegenstande hat und dem Genossen subjektiv dingliche Befugnisse verschafft. Auf das Rechtsgeschäft des dinglichen Theilungsausschlusses werden somit alle Bestimmungen über die Begründung von Rechten an Grundstücken anwendbar. Auf diese Weise wird eine vollständige Regelung erzielt.

Erwerb des Antheiles eines Miteigenthümers durch Zueignung und durch Aufgebot.

§ 950.

Verwerfung der Anwachsungstheorie.

In der Vorschrift des § 950 wird die Grundanschauung des Entwurfes über das Wesen des Miteigenthumes in einer auch praktisch nicht unwichtigen Richtung klargestellt. In der modernen Doktrin ist die Ansicht vertreten, daß bei dem Miteigenthume dem Einzelnen, wie in dem Falle einer Rechtskollision oder auch im Falle der Belastung eines Rechtes, das volle Eigenthum nur um deswillen nicht zustehe, weil das Recht der Genossen eine Beschränkung verlange. Für ein jedes einzelne Miteigenthumsrecht wird damit gegenüber den konkurrirenden Antheilsrechten die Konsolidationslage behauptet und hieraus die weitere Konsequenz gezogen, daß, wenn ein Antheilsrecht wegfällt, ohne übertragen zu werden, insbesondere also, wenn auf das Antheilsrecht verzichtet wird, das Recht der Genossen sich durch Anwachsung konsolidirt. In der Praxis[1]) und Gesetzgebung[2]) hat diese Anwachsungstheorie zu einem bestimmten Zwecke Anklang gefunden, nämlich um den Erwerb eines Antheiles durch die Genossen nicht als einen steuerpflichtigen, durch Uebertragung sich vollziehenden Erwerb erscheinen zu lassen. Diese Rücksicht muß selbstverständlich für die Zivilgesetzgebung außer Betracht bleiben. Es ist Sache der Steuergesetzgebung, die steuerpflichtigen Erwerbungen genau zu bezeichnen.

Man wird von dem Satze auszugehen haben, daß Miteigenthum Eigenthum ist. Die Anwachsungstheorie will diesem Satze gegenüber eine Be-

[1]) Entsch. des preuß. Ob. Trib. Bd. 40 S. 125 ff.

[2]) Code civil Art. 883, 1872.

sonderheit für den Fall der Dereliktion gelten lassen. Diese Besonderheit gründet sich auf die Anschauung, daß eigentlich jeder Theilhaber von vornherein Eigenthümer der ganzen Sache und nur durch das Recht der Genossen beschränkt werde. Eine solche Anschauung steht aber mit dem Begriffe des Eigenthumes in einem gewissen Widerspruche und macht aus dem Miteigenthume einen Kollisionsfall, während doch bei dem Miteigenthume der einzelne Theilhaber von vornherein nicht mehr erwerben sollte und wollte als eben seinen Antheil; eine Akkreszenz wider den Willen des Erwerbenden wäre auffällig. Die Belastung des anwachsenden Antheiles, welche doch nicht auf den durch die Anwachsung erweiterten Antheil erstreckt werden kann, würde einer völligen Verschmelzung entgegenstehen und das bisherige Antheilsverhältniß zu Gunsten der Realberechtigten fortbestehen lassen, wenn man nicht etwa bestimmen würde, daß ebenso wie bei der Aufhebung eines begrenzten Rechtes durch Rechtsgeschäft die Belastung des Antheiles den Theilhaber an einer Dereliktion ohne Mitwirkung der Realberechtigten hindert. Ein eventuelles und bedingtes Recht des einen Theilhabers auf Anfall des Antheiles eines anderen Theilhabers, wenn der letztere ausscheidet, kann übrigens durch Rechtsgeschäft, soweit die Beifügung von Bedingungen zulässig ist, oder durch Gesetz eingeräumt werden.

Dereliktion.

Wird die Anwachsungstheorie abgelehnt, so muß, wenn das Gesetz schweigt, von der Dereliktion des Antheiles dasselbe gelten, was von der Dereliktion des nach Bruchtheilen getheilten Rechtes gilt. Hieraus ergiebt sich auch ein angemessenes Resultat. Bei beweglichen Sachen wird nach § 904 bei dem Derelinquirenden Inhabung oder Mitinhabung der Sache vorausgesetzt werden müssen, und die Aufgebung der bloßen Mitinhabung wird allerdings einer dritten Person keine Gelegenheit der Zueignung eröffnen. Im Falle der Dereliktion von Antheilsrechten an Grundstücken läßt § 872 nicht Anwachsung eintreten, sondern schafft Raum für die Zueignung seitens des durch die Landesgesetze bezeichneten Zueignungsberechtigten. Eine Beschränkung des Vorbehaltes zu Gunsten der Landesgesetzgebungen dahin, daß bei dem Zueignungsrechte den Miteigenthümern der Vorzug einzuräumen sei, erscheint nicht angemessen. Es ist bedenklich, das Zueignungsrecht Privatpersonen beizulegen; es könnten sich hieraus, wenn diese Personen sich passiv verhalten, praktische Schwierigkeiten ergeben, da eine Konkurrenz zwischen den mehreren zueignungsberechtigten Miteigenthümern und außerdem, wenn diese wegfallen, ein eventueller Eintritt der nach den Landesgesetzen zueignungsberechtigten Person stattfinden würde. Der Entwurf beläßt es deshalb bei der einfachen Anwendbarkeit der Vorschriften über die Dereliktion des Eigenthumes auf die Dereliktion des Miteigenthumes. Diese Anwendbarkeit ist, da sonst leicht Zweifel entstehen könnten, im Gesetze auszusprechen.

Zueignungsrecht.

Schutz des Miteigenthumes.

§ 951.

Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsschutz.

Besondere Bestimmungen über den Schutz des Miteigenthumes finden sich in den neueren Gesetzgebungen nicht. Geht man mit dem Entwurfe davon aus, daß Miteigenthum Eigenthum ist, so kann nur die Aufnahme erläuternder

Vorschriften in Frage kommen, welche die bei dem Miteigenthume gegenüber dem Eigenthume stattfindenden Besonderheiten in Rücksicht nehmen. Diese Besonderheiten liegen in dem Zustande, dessen Herstellung durch den Inhalt des Rechtes verlangt wird, bei dem Eigenthume Besitz, bei dem Miteigenthume Mitbesitz, und darin, daß die in dem Eigenthume sich gründenden dinglichen Ansprüche und persönlichen Ersatzansprüche bei dem Miteigenthume einer Mehrheit von Personen zustehen. Die Konsequenzen dieser Besonderheiten würden, auch wenn das Gesetz schwiege, aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden können. Bei der praktischen Wichtigkeit der in Betracht kommenden Fragen erschien die Aufnahme von Bestimmungen angemessen, welche nicht fern liegenden Irrthümern entgegentreten.

1. In § 951 Abs. 1 wird die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsanspruch im Falle des Miteigenthumes bestimmt. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist eine Konsequenz davon, daß Miteigenthum Eigenthum bleibt. Der Feststellungsklage wird auch hier nicht besonders zu gedenken sein. Eine gewisse Ungenauigkeit der Sprache könnte vielleicht darin gefunden werden, daß unter den Ansprüchen aus dem Eigenthume auch die Ansprüche aus publizianischem Rechte mitverstanden werden. Ein Mißverständniß ist nicht zu befürchten; eine größere Korrektheit würde zu einer schwerfälligen Fassung führen.

Einräumung des Mitbesitzes.

2. Wenn das Recht eines Miteigenthümers durch die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes oder der Inhabung total verletzt ist, so hat derselbe nach § 929 den Anspruch auf Herausgabe gegen denjenigen, welcher sein Recht verletzt. Die Vorschrift des § 951 Abs. 1 erläutert, wie die Herausgabe bei dem Miteigenthume sich gestaltet und gegen wen der Anspruch sich richtet. Der Herausgabe der Sache wird die Einräumung des Mitbesitzes gleichgesetzt, welche die zu der Erreichung dieses Zweckes erforderliche Einräumung der Inhabung in sich begreift. Die Quote wird nicht besessen, sondern die Sache. Die Quote kann deshalb auch nicht herausgegeben werden. Betrifft der Streit lediglich das Quotenverhältniß der Miteigenthümer, Mitbesitzer und Mitinhaber und wird das Recht der Einzelnen gegenseitig nur durch die verschiedenen Behauptungen über das Quotenverhältniß verletzt, so wird der Streit im Wege der Feststellungsklage, bei weiteren partiellen Eingriffen auch im Wege der Negatorienklage zu erledigen sein.

Herausgabe an alle Miteigenthümer.

3. Der Entwurf geht, wie bei dem Eigenthumsanspruche S. 398, 399 hervorgehoben ist, davon aus, daß auch die dinglichen, in einem Rechte an der Sache sich gründenden Ansprüche den Vorschriften des allgemeinen Theiles des Obligationenrechtes unterliegen. In dem zweiten Absatze des § 951 wird auf eine einzelne Konsequenz hieraus hingedeutet, welche leicht übersehen werden könnte. Nach § 951 Abs. 1 hat der Miteigenthümer den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes gegen jeden Mitbesitzer sowie gegen den Besitzer oder Inhaber der Sache. Durch diesen Anspruch verwirklicht der einzelne Miteigenthümer sein Recht, wenn er sich den anderen Miteigenthümern gegenüber befindet, welche ihn nicht zulassen wollen, weil sie für sich allein Eigenthum behaupten und das Mitrecht leugnen. In der gemeinrechtlichen Praxis ist früher häufig angenommen, daß der einzelne Miteigenthümer selbständig von

einem Dritten, welcher nicht eigenes Eigenthum an der Sache zu behaupten vermag, die Herausgabe der ganzen Sache verlangen könne[1]). Diese Meinung geht indessen zu weit und wird in der Gegenwart wohl kaum vertreten. Nach der preußischen Praxis soll ein einzelner von mehreren Miteigenthümern gegenüber dritten unberechtigten Personen zu dinglichen Klagen bezüglich der ganzen Sache aktiv berechtigt sein und die Herausgabe der Sache an alle Miteigenthümer fordern können[2]). Der Entwurf nimmt an, daß man zu einem ähnlichen Resultate, wie die preußische Praxis, dadurch gelangt, daß man die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes und deshalb auch die Vorschriften über das Schuldverhältniß, bei welchem mehrere Gläubiger eine untheilbare Leistung zu fordern haben (§ 339), auf die dinglichen Ansprüche anwendet. Der dingliche Anspruch auf Herstellung des rechtsgemäßen Zustandes ist, wenn er einem Alleinberechtigten zusteht, immer auf eine untheilbare Leistung gerichtet, nämlich Herausgabe, Wiederherstellung des früheren Zustandes, Berichtigung des Grundbuches (§§ 929, 943, 843). Es fragt sich, ob, wenn an die Stelle des Alleinberechtigten mehrere Mitberechtigte treten, deren dingliche Ansprüche einen besonderen Inhalt gewinnen und auf eine getrennt für den Einzelnen erfolgende Restitution gehen. Eine solche Theilung der Restitution ist nicht denkbar bei den negatorischen und konfessorischen Ansprüchen. Es ist deshalb auch immer angenommen, daß der Miteigenthümer eines Grundstückes negatorisch und konfessorisch klagen könne[3]). Auch nach dem Entwurfe wird kein Zweifel bestehen, daß jeder Mitberechtigte die negatorischen und konfessorischen Ansprüche selbständig erheben kann, da die durch die Ansprüche geforderte Leistung eine solche ist, deren Bewirkung gegenüber dem einen Gläubiger auch den anderen Gläubigern zu Gute kommt (§ 339 Abs. 1 Satz 2). Zweifel bestehen in Ansehung der Herausgabe der Sache, vielleicht auch in Ansehung der Berichtigung des Grundbuches. Man könnte aufstellen, daß die Restitution in einem solchen Falle für die Mitberechtigten sich theilt und ein jeder derselben einen selbständigen und getrennten Anspruch auf Zulassung zum Mitbesitze hat. Der Entwurf theilt eine solche Anschauung nicht, geht vielmehr davon aus, daß die Herausgabe eine untheilbare Leistung sei. Eine positive Bestimmung will der Entwurf über den Herausgabefall nicht geben, zumal die Vorschriften über Schuldverhältnisse mit untheilbarer Leistung nicht blos bei der Vindikation der Miteigenthümer, sondern in weit ausgedehnterem Umfange zur Anwendung kommen müssen und dies durch eine Spezialvorschrift eher verdunkelt werden würde. Da indessen aus dem § 951 Abs. 1 leicht gefolgert werden könnte, daß der Miteigenthümer nur den Anspruch auf Zulassung zum Mitbesitze habe, so ist es für zweckmäßig erachtet, durch die Hinweisung auf das Unberührtbleiben der Bestimmungen des § 339 darauf aufmerksam zu machen, daß diese Vorschriften zu dem Rechte des Miteigenthümers führen, die Herausgabe der Sachen an alle Theilhaber zu verlangen.

---

[1]) Arndts, Rhein. Museum Bd. 3 S. 215.

[2]) Förster-Eccius Bd. 3 § 182 Note 43. Entsch. des preuß. Ob. Trib. Bd. 24 S. 86.

[3]) Sächs. G. B. § 564; bayr. Entw. III Art. 333.

Für den Anspruchsverpflichteten ergiebt sich eine gewisse Härte daraus, daß derselbe von den mehreren Mitberechtigten nach einander, auch wenn er gegen den ersten Kläger gesiegt hat, von Neuem in Anspruch genommen werden kann, da nach § 192 das Urtheil nicht über die Parteien hinaus wirkt. Der Entwurf lehnt es ab, den Grundsatz der Relativität durch eine besondere Vorschrift hier zu durchbrechen. In der gemeinrechtlichen Doktrin wird eine absolute Rechtskraft des auf die konfessorische Klage eines Miteigenthümers ergehenden Urtheiles behauptet[1]). Die herrschende Meinung und die modernen Gesetzgebungen sind gegen eine solche absolute Rechtskraft[2]). Auch der Entwurf lehnt dieselbe ab. Der für den Beklagten sich ergebenden Härte könnte durch das Institut der Beiladung abgeholfen werden. Die C. P. O. kennt indessen dieses Institut nicht. Vielleicht läßt eine Abhülfe auf dem Wege sich erreichen, daß derjenige, welcher auf Bewirkung einer untheilbaren Leistung an mehrere Gläubiger von einem derselben in Anspruch genommen wird, in der Lage ist, gegenüber den sämmtlichen Mitberechtigten die Feststellungsklage, nöthigenfalls nach Erwirkung der Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstandes (C. P. O. § 36 Nr. 3, § 56), zu erheben und bei dem gegen ihn anhängigen Prozesse dessen Sistirung bis zur Entscheidung der Feststellungsklage zu erreichen. Jedenfalls ist dies ein Gegenstand, welcher nur bei Revision der Prozeßordnung, nicht aber hier, zur nochmaligen Erwägung gelangen kann.

---

[1]) Savigny, System Bd. 6 S. 479 ff.; bayr. Entw. III Art. 333.
[2]) Dernburg § 138 Note 10; sächs. G. B. § 332.

Fünfter Abschnitt.

Vorkaufsrecht an Grundstücken.

Vorbemerkungen.

1. Der Entwurf hat in den §§ 481—487 das obligatorische Vorkaufsrecht geregelt. Neben dem obligatorischen kommt im geltenden Rechte ein dingliches Vorkaufsrecht vor, welches auch den Erwerber der Sache bindet. Eine bestimmte Grenze zwischen dem dinglichen Vorkaufsrechte und dem deutschrechtlichen Retrakt-, Näher-, Losungs- oder Einstandsrechte ist, wenn man auf den Inhalt dieser Rechte sieht, schwer zu ziehen. Seit dem Eindringen des röm. Rechtes in Deutschland faßt man den Retrakt vielfach als gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht auf[1]). Der Ausdruck „Retrakt" ist gebräuchlicher für den Fall der gesetzlichen, der Ausdruck „Vorkaufsrecht" für den Fall der rechtsgeschäftlichen Begründung. Geltendes Recht.

Die gesetzlichen Näherrechte sind bis auf einen geringen Ueberrest in Deutschland abgeschafft[2]). Die noch bestehenden Näherrechte finden sich entweder bei Instituten, welche der Entwurf regelt, Gemeinschaft, Miteigenthum, Superfizies, und sind von dem Entwurfe abgelehnt, oder sie gehören zu Instituten, deren Regelung im Entwurfe des Einführungsgesetzes der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, Bergrecht, Enteignungsrecht ꝛc.; die Landesgesetzgebung wird nicht gehindert sein, den in der besonderen Natur dieser Institute sich gründenden Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Da nur partikuläre Retrakt-

---

[1]) Stobbe Bd. 2 § 89; Förster-Eccius Bd. 3 § 189.

[2]) Vergl. insbesondere: preuß. Ges. vom 2. März 1850 § 2 Nr. 6, § 4 (G. S. S. 77), bayr. Landtagsabschied vom 10. November 1861, Verhandl. der bayr. K. d. Abg., sten. Ber. Bd. IV S. 130, 131, Reyscher, württemb. Priv. R. Bd. 2 §§ 427—434, bad. Ges. vom 21. Juli 1839 (R. Bl. Nr. 23), hess. Ges. vom 15. Mai 1812 und Regierungsverordn. vom 18. November 1820, großherzogl. mecklenb. schwerin. Patentverordn. vom 17. Dezember 1832, weimar. Ges. vom 9. Dezember 1865, mecklenb. strel. Patentverordn. vom 31. Dezember 1832, oldenb. Ges. vom 28. März 1852, meining. Ges. vom 15. April 1865, gothaisches Ges. vom 28. März 1870, coburg. Ges. vom 19. September 1812, altenb. Ges. vom 24. September 1819 und Reskript vom 11. Mai 1825, rudolst. Ges. vom 9. Dezember 1811 und 23. September 1816, sondersh. Ges. vom 17. Dezember 1840, 28. Juli 1849, 16. Juli 1857 § 17, hamb. Ges. vom 12. April 1871.

Standpunkt des Entwurfes.

rechte möglich bleiben, so hat der Entwurf keinen Anlaß, den von ihm zu bestimmenden Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechtes, ähnlich wie bei dem Nießbrauche und dem Pfandrechte, so zu gestalten, daß dieser Inhalt im Wesentlichen auch dann paßt, wenn ein Recht dieser Art nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Gesetz begründet ist; vielmehr ist eine Prüfung der aufgenommenen Vorschriften in dieser Richtung Aufgabe der Landesgesetzgebung.

Beibehaltung eines dinglichen Vorkaufsrechtes.

2. Man kann in Zweifel ziehen, ob die Beibehaltung eines dinglich wirkenden und deshalb immerhin zu einigermaßen verwickelten Rechtsverhältnissen führenden Vorkaufsrechtes angemessen sei und durch ein praktisches Bedürfniß gefordert werde. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte sind fast überall aufgehoben worden, weil man ihnen eine schädliche Wirkung zugeschrieben hat. Die Schädlichkeit ist offenbar nicht in dem Ursprunge, sondern nur in dem Inhalte des Rechtes zu suchen und würde deshalb auch in gleichem Maße bei einem auf Rechtsgeschäft beruhenden Vorkaufsrechte zu befürchten sein. Auch hier waltet das Bedenken ob, daß das mit einem Vorkaufsrechte belastete Grundstück durch diese seine Belastung im Werthe erheblich gemindert wird, ohne daß auf der anderen Seite die in ihrer Ausübung von ungewissen Eventualitäten abhängige Berechtigung für den Berechtigten einen jener Minderung gleichkommenden Werth besitzt. Dabei führt das nicht auf den ersten Verkaufsfall beschränkte Vorkaufsrecht zu einer dauernden Belastung des Grundeigenthumes. Eine solche Belastung widerspricht den modernen Bestrebungen nach Entlastung des Grundeigenthumes, weil sie Rechtsverhältnisse, welche vielleicht zur Zeit ihrer Begründung heilsam gewirkt haben mögen, auf eine fernere Zukunft überträgt, in welcher jene Rechtsverhältnisse nur noch als eine hemmende Fessel empfunden werden. Es kann hierbei auch darauf hingewiesen werden, daß der Entwurf selbst sich bestrebt, die Lasten des Grundeigenthumes inhaltlich oder zeitlich zu beschränken. Handelt es sich um eine nur auf einen Fall wirksame Vorkaufsberechtigung, so ist der obligatorisch Berechtigte in der Lage, durch eine hypothekarisch sicher zu stellende Konventionalstrafe sein Interesse an der Nichtverletzung des Veräußerungsverbotes zu schützen.

Diesen Gründen gegen die Anerkennung eines dinglich wirkenden Vorkaufsrechtes stehen aber Gegengründe gegenüber, denen man das Uebergewicht beimessen muß. Nach der Ansicht der neueren Volkswirthschaft ist es sehr wünschenswerth, daß die Veräußerung von Land seitens der Großgrundbesitzer und insbesondere des Staates als des Besitzers der Domänen an Kleingrundbesitzer befördert werde, wenn auch das Interesse hieran in den verschiedenen Gebieten in verschiedenem Maße vorhanden sein mag. Der Erreichung dieses Zweckes steht entgegen, daß die neuere Agrargesetzgebung die verschiedenen Formen der Landleihe, insbesondere die Erbpacht, beseitigt hat und deren Wiedereinführung erheblichen Bedenken unterliegt, während die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes durch Rechtsgeschäft[1]) in vielen und großen Gebieten gegenwärtig noch

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 570, 631; sächs. G. B. §§ 401, 1124, 1126, 1136 ff.; bayr. Landtagsabschied v. 10. November 1861; anhalt. Grundb. Ges. v. 11. März 1877 § 3; mecklenb. Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Oktober 1848 § 4, Stadtb. O. v. 21. De-

zulässig ist. Diejenigen Personen, welche in der Lage sind, Land an Kleingrundbesitzer zu veräußern, haben das Interesse, sich einen Einfluß darauf zu bewahren, in welche Hände das veräußerte Land gelange. Dieser Einfluß bezweckt namentlich die Erhaltung eines angesessenen Arbeiterstandes, welcher den Ueberschuß seiner Arbeitskräfte den Großgrundbesitzern zur Verfügung stellt; das Streben nach Bewahrung eines solchen Einflusses kann nicht für unberechtigt gehalten werden. Das dauernde und dinglich wirkende Vorkaufsrecht ist mithin in Verbindung mit der Belastung des Grundeigenthumes durch feste und je nach den Landesgesetzgebungen seitens des Verpflichteten nicht ablösbare Geldrenten geeignet, einen Ersatz für die nicht mehr zugelassenen Landleihen zu vererblichem und veräußerlichem Rechte zu bilden.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist übrigens auch abgesehen von seiner Eigenschaft als Ersatz der Landleihe von praktischem Werthe. Beispielsweise kann bei der Ueberlassung eines in der Familie befindlichen Landgutes an ein Familienglied, bei welcher die Absicht obzuwalten pflegt, daß der Gutsannehmer das Gut als Grundlage des Familienwohlstandes behalten soll, durch die Bestimmung eines dinglichen Vorkaufsrechtes einer jene Absicht der Betheiligten durchkreuzenden Veräußerung vorgebeugt werden.

Weil somit das dingliche Vorkaufsrecht nicht blos für das Agrarrecht Bedeutung hat, kann dem Bedürfnisse nicht durch einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung genügt werden, vielmehr ist der Landesgesetzgebung nur die Nichtrezeption des reichsrechtlichen Institutes im Einführungsgesetze freizulassen.

Vorbehaltenes Vorkaufsrecht.

Bei der Aufnahme des dinglichen Vorkaufsrechtes in das Gesetzbuch wird übrigens nicht von einer Beschränkung in der Richtung die Rede sein können, daß dasselbe nur durch Vorbehalt bei der Veräußerung eines Grundstückes begründet werden kann, da auch in anderen Fällen, z. B. für einen Miether oder Pächter, ein Interesse an der Erlangung eines solchen Rechtes vorzukommen pflegt und zu berücksichtigen ist.

Gegenstand.

3. Die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechtes an beweglichen Sachen ist einerseits durch kein praktisches Bedürfniß erfordert und würde andererseits um deswillen bedenklich sein, weil ein solches Recht eine für die übrigen Personen nicht ersichtliche Belastung bilden würde. Das obligatorische Vorkaufsrecht genügt hier den Interessen des Verkehres. Eine mala fides in Ansehung eines solchen Rechtes bei dem dritten Erwerber und eine in Folge davon eintretende Haftung desselben[1]) wird nicht zu bestimmen sein, weil obligatorischen Verpflichtungen des Veräußerers kein Einfluß auf die Wirksamkeit der Veräußerung zuzugestehen ist.

---

zember 1857 § 2 Nr. II, strel. Hypoth. O. für den Privatgrundbesitz in den Domänen ꝛc. v. 24. Dezember 1872 § 2 Nr. 4, Ges., Grund- u. Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg, Sondershausen und beide Reuß v. 13. Oktober 1852, 20. Juli 1857, 20. November 1858, 27. Februar 1873 § 13 Nr. 7, §§ 32, 225; hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 22; lüb. Hypoth. O. v. 1820 § 21; bayr. Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 5, 136 Nr. 4, bayr. Prozeß O. v. 29. April 1869 Art. 1091.

[1]) So im preuß. A. L. R.; zu vergl. I, 20 § 572, I, 11 § 264; ferner im sächs. G. B. § 1124.

Juristische Konstruktion

4. Die juristische Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechtes macht einige Schwierigkeiten. Der Entwurf verfolgt den Zweck, das obligatorische Vorkaufsrecht dinglich zu sichern. Ein von dem obligatorischen Vorkaufsrechte unabhängiges gegen den dritten Erwerber wirksames Retraktrecht würde weiter gehen, als der Zweck erheischt, insofern das Recht gegen den Erwerber von den Einreden nicht getroffen werden würde, welche in dem Schuldverhältnisse zwischen dem vorkaufspflichtigen Veräußerer und dem Berechtigten sich gründen. Andererseits würde bei einer solchen Konstruktion der dinglich Berechtigte als solcher keine Ansprüche gegen den Veräußerer haben, welcher unter Nichtbeachtung des dinglichen Rechtes verkauft und veräußert hat, mithin von diesem nicht Schadloshaltung verlangen können, wenn die Nichtbeachtung seines Rechtes z. B. bei inzwischen eingetretener Verschlechterung des Grundstückes sich als schadenbringend erweisen sollte.

Da der Zweck des Vorkaufsrechtes nicht sowohl dahin geht, dem Berechtigten, wenn gewisse Bedingungen sich erfüllen, das Eigenthum zu verschaffen, als vielmehr dahin, einen dem Berechtigten unerwünschten Eigenthumswechsel zu verhüten, so liegt es nahe, mit dem sächs. Rechte den Schutz in einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote zu suchen. Eine Sperrung des Grundbuches wird nach den Vorschriften des Entwurfes (§§ 107, 837) durch die Eintragung eines Veräußerungsverbotes nicht herbeigeführt. Nur relative Nichtigkeit zu Gunsten derjenigen Personen tritt ein, deren Schutze das Veräußerungsverbot dient. Ist das Recht dieser Personen, welches in seiner Natur durch das Veräußerungsverbot nicht verändert wird, ein obligatorisches, so ergeben sich Schwierigkeiten, wie ein solches Recht an den Erwerber heranreichen könne. Sollten diese Schwierigkeiten auch nicht unüberwindlich sein und will man auch annehmen, daß der durch das Verbot Geschützte die dinglichen Ansprüche des Veräußerers sich abtreten und mit den abgetretenen Ansprüchen das veräußerte Recht in das Vermögen des Veräußerers zurückbringen und dort mit seinem obligatorischen Rechte ergreifen könne, so bleibt immerhin ein derartiger dinglicher Schutz des Vorkaufsberechtigten einigermaßen mangelhaft. Der Entwurf entscheidet sich deshalb gegen diese Art der Verdinglichung des Vorkaufsrechtes.

Die einfachste Art der Verdinglichung des obligatorischen Vorkaufsrechtes scheint dessen Konstruktion als Grundstücksbelastung zu sein. Bei den Reallasten wird die Verpflichtung zur Bewirkung der wiederkehrenden Leistungen an das Eigenthum geknüpft. Bei der Vorkaufslast ist nur der Inhalt der mit dem Eigenthume verknüpften Verpflichtung ein besonderer. Wird die Obligation nicht erfüllt, so führt die Analogie der Reallast (§ 1051) zu einer Haftung des Grundstückes, und diese Haftung gestaltet sich bei der eigenthümlichen Natur des Vorkaufsrechtes dahin, daß nicht aus dem Grundstücke etwas zu geben, sondern daß das Grundstück selbst, als ob es gekauft wäre, zu geben ist

Da die rechtsgeschäftliche Begründung eines dinglichen Rechtes nur insoweit zulässig ist, als das Gesetz ihr Wirksamkeit verleiht, so hat das Gesetz den möglichen Inhalt der zu verdinglichenden Obligation zu bestimmen. Der Entwurf bringt im Obligationenrechte (§§ 481 bis 487) Vorschriften über den Inhalt

des obligatorischen Vorkaufsrechtes. Bei Bestimmung des Inhaltes der Vorkaufslast wird auf die angeführten Vorschriften des Obligationenrechtes Bezug zu nehmen sein. Diese Bezugnahme (§ 954) hat die Bedeutung, daß eine Verpflichtung mit dem Eigenthume des Grundstückes verknüpft und als Last auf dasselbe gelegt werden kann, deren Inhalt aus den allegirten Vorschriften des Obligationenrechtes sich ergiebt. Bei der absoluten Natur der Vorschriften über die dinglichen Rechtsgeschäfte ist damit zugleich der Privatautonomie eine Grenze gesetzt. Die Vorschriften der §§ 481 bis 487 sind an sich dispositiver Natur; dagegen ist die Rechtsnorm, welche ihre Maßgeblichkeit für den Inhalt der Vorkaufslast bestimmt, eine absolute. Der Inhalt der auf das Grundstück zu übernehmenden Verpflichtung kann durch Rechtsgeschäft wohl in einzelnen Punkten ermäßigt, aber nicht über das, was aus dem Gesetze sich ergiebt, hinaus erweitert werden, soweit nicht eine solche Erweiterung besonders zugelassen ist. Da das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten nicht eine werthvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen und wegen des Anspruches auf eine solche Leistung dingliche Sicherheit gewähren soll, so ist ein Rangkonflikt zwischen dem eingetragenen Vorkaufsrechte und anderen das Grundstück belastenden Rechten ausgeschlossen und der Kredit des Verpflichteten bei weiteren Belastungen nicht gemindert. Die weitere Belastung mindert naturgemäß den Kaufpreis und damit die Gegenleistung des Berechtigten, bleibt also für diesen gleichgültig. Nur die gesetzliche Zulassung eines Vorkaufsrechtes mit festbestimmtem Preise würde ein anderes Resultat ergeben, und auch in der hier angedeuteten Richtung zu Unzuträglichkeiten und Verwickelungen führen[1]).

Rangverhältniß

5. Ueber den Vorrang unter mehreren eingetragenen Vorkaufsrechten entscheiden die Vorschriften des § 840. Das Verhältniß gesetzlicher Vorkaufs- oder Retraktrechte, welche vielleicht künftig in dem Landesrechte noch vorkommen, untereinander und bei dem Zusammentreffen mit rechtsgeschäftlich begründeten dinglichen Vorkaufsrechten[2]) wird in dem Entwurfe nicht geordnet, da es Aufgabe der Landesgesetzgebung ist, diese Verhältnisse mit dem Sonderrechte, in welchem dieselben ihren Sitz haben, zu regeln.

Wiederkaufsrecht

6. Diejenigen Gesetze, nach welchen das Vorkaufsrecht eingetragen werden kann[3]), gestatten auch die Eintragung des Wiederkaufsrechtes und stellen meistens beide Rechte nebeneinander. Das preuß. Recht[4]) behandelt die Ausbedingung eines Wiederkaufsrechtes als bedingten Kauf. Eine Wirkung gegen Dritte hat das Wiederkaufsrecht nach preuß. Rechte als jus ad rem, wenn es dritten Erwerbern der Sache bekannt war.

Das Wiederkaufsrecht bezweckt die Rücküberlassung der Sache zu einem bestimmten Preise. Gegen die Zulassung eines solchen Rechtes mit dinglichem Karakter sprechen alle diejenigen Gründe, welche zu der Verwerfung eines dinglichen Vorkaufsrechtes mit einem im Voraus bestimmten Preise führen.

---

[1]) Vergl. zu § 929 unter Ziff. 2.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 587; Stobbe Bd. 2 § 90 Note 38

[3]) Siehe oben 1. Note S. 448.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 264, 265, 311.

Die Zwecke, welche die Betheiligten bei dem Vorbehalte eines gegen Dritte wirkenden Wiederkaufsrechtes im Auge haben, können regelmäßig auf anderem Wege erreicht werden, was insbesondere auch von dem Zwecke eines beabsichtigten Kreditgeschäftes gilt. Endlich kann den entgegenstehenden Bedenken gegenüber auch nicht entscheiden, daß das Wiederkaufsrecht ein reservirtes Recht ist, da dasselbe durch den Vorbehalt seine Natur als ein blos persönliches Recht nicht ändert. Der Entwurf läßt daher die Belastung eines Grundstückes mit einem Wiederkaufsrechte nicht zu.

§ 952.

Inhalt des Vorkaufsrechtes.

1. Im § 952 Abs. 1 wird die rechtsgeschäftliche Begründung eines Rechtsverhältnisses zugelassen, demzufolge bei dem Verkaufe eines Grundstückes einer Person das Vorkaufsrecht zusteht. Dieses Rechtsverhältniß wird als Belastung des Grundstückes, nicht als bedingtes Recht auf Anfall des Eigenthumes gedacht. Die Erfordernisse des Begründungsvertrages sind dem dritten Abschnitte zu entnehmen.

Subjektiv-dingliches und sich wiederholendes Vorkaufsrecht.

2. In dem zweiten Absatze des § 952 wird die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Erweiterung des Vorkaufsrechtes in zwei Richtungen, als wiederholentliches und als subjektiv dingliches Recht, bestimmt. Die Erweiterung betrifft nicht den Inhalt der Obligation, sondern die dingliche Seite des Vorkaufsrechtes, nämlich den Uebergang der passiven Seite der Obligation auf jeden neuen Eigenthümer des Grundstückes, wenn in dem betreffenden Veräußerungsfalle von dem Vorkaufsrechte nicht Gebrauch gemacht wird, und die Verknüpfung der aktiven Seite der Obligation mit dem Eigenthume eines Grundstückes.

Für den Zweck des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechtes ist die Nichtbeschränkung auf einen Verkaufsfall nothwendig. Dasselbe Bedürfniß besteht bei den Vorkaufsrechten, welche juristische Personen bei Veräußerung von Grundstücken sich vorbehalten. Bei den mit dem Tode des Berechtigten erlöschenden Vorkaufsrechten hat die Erstreckung auf mehrere Verkaufsfälle geringere Bedeutung, so daß zur Versagung einer solchen Erstreckung ein genügender Grund nicht vorliegt. Von der dauernden Belastung mit Vorkaufsrechten ist eine schädliche Wirkung weniger zu befürchten als von einer anderen dauernden Belastung, insbesondere mit Naturalprästationen, und zwar deshalb, weil bei Aenderung der Werthverhältnisse eine Anpassung und nicht eine Erschwerung stattfindet. Wenn der Landesgesetzgebung die Ablehnung des ganzen Institutes freigegeben wird, so ist derselben damit auch das Mindere, der Ausschluß des wiederholentlichen Vorkaufsrechtes oder die Setzung einer zeitlichen Schranke, gestattet.

Die Zulässigkeit der Begründung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechtes dient den in den Vorbemerkungen Nr. 3 bezeichneten agrarischen Interessen.

Rechtsgeschäftliche Erweiterungen des dinglichen Vorkaufsrechtes, welche die für den Inhalt desselben maßgebenden und bei dem dinglichen Vorkaufs-

rechte eine absolute Natur gewinnenden Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht durchbrechen, läßt der Entwurf nicht zu.

Unvererblichkeit.

Nach § 486, § 487 Nr. 1 ist das obligatorische Vorkaufsrecht unveräußerlich und unvererblich; diese Eigenschaften bewahrt es auch im Falle seiner Verdinglichung.

Für das gemeine Recht wird zwar die höchstpersönliche Natur des vertragsmäßigen Vorkaufsrechtes bestritten; partikularrechtlich[1]), insbesondere im preuß. und im württemb. Rechte, ist sie indessen anerkannt. Für die Nichtzulassung eines vererblichen dinglichen Vorkaufsrechtes spricht der Umstand, daß die Befugniß zur Ausübung des Vorkaufsrechtes sich in den auf einander folgenden Erbfällen in einer Weise zersplittern würde, welche für alle Betheiligten große Schwierigkeiten schaffen und dem Vorkaufsrechte seinen Werth entziehen müßte. Bei dem auf nur einen Fall beschränkten Vorkaufsrechte mögen die Schwierigkeiten, welche zu entstehen drohen, geringere sein und ebenso im Falle des dauernden Vorkaufsrechtes dadurch ermäßigt werden können, daß das Gesetz ein solches nur bis zu dem nächsten Verkaufe nach dem Tode fortdauern läßt. Ein Bedürfniß zu einem solchen Zugeständnisse kann indessen nicht angenommen werden. Mit dem Ausschlusse der Vererblichkeit erzielt man den Vortheil, daß, ebenso wie eine persönliche Dienstbarkeit, auch das Vorkaufsrecht eine nur vorübergehende Belastung der Grundstücke bildet und hiervon nur dann eine Ausnahme stattfindet, wenn dasselbe mit dem Eigenthume eines Grundstückes verbunden ist oder einer juristischen Person zusteht. Die Verneinung der Vererblichkeit führt auch zu der Verneinung der Veräußerlichkeit.

Voraus-bestimmung des Vorkaufspreises.

Von besonders praktischer Wichtigkeit ist, daß die von dem Vorkaufsberechtigten bei Ausübung seines Rechtes zu bewirkenden Einstandsleistungen rechtsgeschäftlich nicht gemindert werden können. Die Zulassung der Beschränkung des von dem Berechtigten zu zahlenden Vorkaufspreises auf eine bestimmte Summe würde zu einer schädlich wirkenden Erschwerung des Vorkaufsrechtes führen. Dasselbe würde alsdann zu der bedingten Einräumung eines mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Kaufrechtes führen, welches den Berechtigten in die Lage setzte, einen offenbaren materiellen Vortheil auf Kosten des Verpflichteten sich zu verschaffen, während doch das Vorkaufsrecht nicht den Zweck hat, dem Berechtigten aus dem Vermögen des Verpflichteten etwas zuzuwenden. Die Bedrohung durch ein limitirtes Vorkaufsrecht kann auch kulturschädlich wirken, indem sie den Besitzer des Grundstückes von Meliorationen abhält. Sollte ein Ersatz der Meliorationen neben dem im Voraus bestimmten Preise gefordert werden dürfen, so sind Verwickelungen zu befürchten. Ferner würde die Vorausbestimmung des Vorkaufspreises eine Sperrung des Grundbuches erheischen oder dazu führen, daß der Anspruch auf Beseitigung der Lasten auch gegen Dritte wirkte, für welche spätere Rechte eingetragen worden sind. Hieraus würde eine Minderung des Realkredites des Vorkaufsverpflichteten und eine Gefährdung Dritter sich ergeben. Diesen Nach-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 594; Förster-Eccius Bd. 3 § 180 Note 28; württemb. L. R. II, 16 § 32; Reyscher, württemb. Priv. R. Bd. 2 § 428 Note 8.

theilen gegenüber kommt nicht in Betracht, daß möglicher Weise eine Vorausbestimmung des Vorkaufspreises zur Erhaltung des mit einem Vorkaufsrechte belasteten Gutes dienen und den Eigenthümer desselben verhindern kann, einen ihm nicht zugedachten Vortheil in dem Mehrerlöse über den Annahmepreis hinaus sich zu verschaffen. Ueberdies läßt sich die Forderung auf Rückerstattung eines solchen Mehrerlöses durch Kautionshypothek sichern. Insoweit den Agnaten bei Lehnen und Fideikommissen ein durch den besonderen Zweck dieser Institute gefordertes Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise nach Landesrecht zusteht, wird die Freiheit der Landesgesetzgebung in dieser Richtung durch das Einführungsgesetz gewahrt werden.

Eintragung.

Ein Bedürfniß, bei der nach § 828 erforderlichen Eintragung der Erweiterungen die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zum Zwecke der näheren Bezeichnung des Inhaltes des Rechtes, wie in § 962 Abs. 2, §§ 969, 1054, zu gestatten, liegt nicht vor, da für die Normirung des Inhaltes eines Vorkaufsrechtes die Privatdisposition in enge Schranken eingeschlossen ist und das Interesse an der Vollständigkeit des Grundbuchinhaltes deshalb überwiegt.

§ 953.

Vorkaufsrecht an einem Bruchtheile des Grundstückes.

Die Belastung einer Miteigenthumsquote mit einem Vorkaufsrechte, vornehmlich zu Gunsten der übrigen Miteigenthümer, wird praktisch nicht selten vorkommen, weil sie in Ersatz eines gesetzlichen Retraktrechtes, welches der Entwurf ablehnt, dazu dient, das Eindringen neuer Genossen in die Gemeinschaft zu hindern. Eine solche nach § 948 zulässige Belastung kann deshalb nicht, wie bei den Reallasten (§ 1053), ausgeschlossen werden. Dagegen ist die Neubildung einer Quote durch den Alleineigenthümer oder durch einen Miteigenthümer, um an dieser Quote ein Vorkaufsrecht zu bestellen, ein Rechtsgeschäft, dessen Zulassung durch ein Bedürfniß nicht gefordert wird und welches zu Schwierigkeiten bei der Grundbuchführung und zu verwickelten Rechtsverhältnissen führen könnte (vergl. § 1063). An sich, wenn das Gesetz schweigt, würde eine solche Quotenbelastung nicht ausgeschlossen sein; bei dem Nießbrauche (§§ 981, 985 Abs. 2) und bei dem Faustpfandrechte (§ 1146) ist dieselbe nicht ausgeschlossen.

§ 954.

Rechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und a) dem Vorkaufspflichtigen,

1. Die erste Vorschrift des § 954 ergänzt die Bestimmuug des § 952 Abs. 1 durch die nähere Angabe des Inhaltes des Vorkaufsrechtes. Durch die Begründung desselben entsteht eine Obligation zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer des Grundstückes als solchem, deren Inhalt nach den Bestimmungen über das obligatorische Vorkaufsrecht sich beurtheilt. Bei dem sich wiederholenden Vorkaufsrechte gelangt, wenn in einem Verkaufsfalle das Recht nicht ausgeübt wird, der neue Erwerber als Schuldner in dieselbe Stellung, welche sein Veräußerer hatte. Im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen tritt der dingliche Karakter des Rechtes nicht hervor. Wird über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs

eröffnet, so ist der Berechtigte wegen seines Anspruches aus dem perfekt gewordenen Vorkaufe einfacher Konkursgläubiger ohne Aussonderungsrecht; denn ein solches könnte ihm nur zukommen, wenn mit der Erfüllung der Voraussetzungen für die Entstehung der actio emti das Eigenthum auf den Berechtigten übergegangen wäre; dann würde aber die Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechtes zu einem rechtlich durchaus verschiedenen Geschäfte werden, nämlich zu einer suspensiv bedingten Eigenthumsübertragung, welche durch § 870 ausgeschlossen ist. Auch die Vorschrift des § 485, nach welcher das Vorkaufsrecht im Falle der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt werden kann, bleibt bei dem dinglichen Vorkaufsrechte anwendbar und damit fällt eine jede Wirksamkeit des Vorkaufsrechtes gegenüber dem Ersteher in der Subhastation weg. Bei der Zwangsvollstreckung tritt nur die eine Wirkung der Dinglichkeit des eingetragenen Vorkaufsrechtes hervor, daß der Berechtigte als Realinteressent geladen werden muß. Eine weitere Berücksichtigung des Vorkaufsberechtigten, insbesondere dahin, daß sein Gleichgebot als Mehrgebot zu gelten habe, würde in vielen Beziehungen einen ungünstigen Einfluß auf das Ergebniß der Zwangsversteigerung ausüben und, ohne dem Berechtigten besonders zu nützen, den Verpflichteten möglicher Weise schwer schädigen. Das preuß. Recht enthält eine derartige Begünstigung des Vorkaufsberechtigten[1]). Andere Rechte enthalten eine solche Begünstigung nicht und werden nur durch die Zulassung des dinglichen Vorkaufsrechtes mit vorausbestimmtem Preise zu einer weiteren Berücksichtigung des Berechtigten bei der Subhastation des Grundstückes gezwungen[2]).

Verfällt der Verpflichtete nach dem Verkaufe in Konkurs und entscheidet sich der Konkursverwalter dahin (Konk. O. § 15), weder den Verkauf noch den Vorkauf erfüllen zu wollen, so kann in Frage kommen, ob dieser vereitelte Verkaufsfall damit als nicht vorgekommen zu gelten habe, ob also das nur für einen Fall bestehende Vorkaufsrecht noch fortdauere, mithin bei einem freihändigen Verkaufe des Konkursverwalters wirke und bei der Zwangsversteigerung dem Berechtigten die Stellung eines Realinteressenten erhalte. Wegen der geringen praktischen Bedeutung dieser Frage giebt der Entwurf keine Entscheidung derselben.

b) dem dritten Erwerber.

2. Hat der Verpflichtete, woran er nicht gehindert ist, das Eigenthum des Grundstückes an den Käufer übertragen, so bleibt zwar der allgemeine Grundsatz res cum suo onere transit in Geltung, jedoch führt dieser Grundsatz wegen der Eigenthümlichkeit der Vorkaufslast zu besonderen Konsequenzen. Der Schlußpassus des § 954 weist darauf hin, daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten streng zu sondern ist von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber und daß das letztere Rechtsverhältniß nach den Vorschriften der §§ 955—959 sich bestimmt. Die persönliche Haftung des Veräußerers kann auf den Erwerber ebensowenig

---

[1]) Ges. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen v. 13. Juli 1883 § 67; A. L. R. I, 20 § 616.

[2]) So das sächs. G. B. § 1126 und die an dasselbe sich anschließenden Gesetze für Altenburg, Sondershausen und beide Reuß (s. Note zu den Vorbemerkungen). Vergl. auch bayr Subhast. O. v. 23. Februar 1879 Art. 77, österr. G. B. § 1076.

erstreckt werden, wie die gleiche Haftung des Veräußerers eines Grundstückes, welches mit einer Reallast belastet ist, für rückständige Leistungen. Die persönliche Haftung des Veräußerers bleibt bestehen, und zu derselben tritt, dieselbe sichernd, die akzessorische begrenzte Haftung des Erwerbers mit dem Grundstücke. Wegen der dinglichen Natur dieser Haftung hat der Berechtigte im Konkurse des Erwerbers das Aussonderungsrecht. Die beiden konkurrirenden Ansprüche des Berechtigten sind verbunden mit Gegenleistungspflichten, materiell gleichen Inhaltes, welche indessen nicht zu einer doppelten Zahlungspflicht des Berechtigten führen; denn soweit der Erwerber gezahlt hat, braucht nur an diesen und nicht an den Veräußerer gezahlt zu werden, und soweit der Erwerber noch nicht gezahlt hat, genügt die Zahlung an den Verkäufer, durch welche auch der Erwerber frei wird.

Nichtübertragbarkeit des Rechtes.

3. Nach § 486 ist das obligatorische Vorkaufsrecht nicht übertragbar. Dieser Satz wird durch Allegirung des § 486 in § 954 auf das dingliche Vorkaufsrecht erstreckt und schließt nach §§ 1022, 1207 auch die Möglichkeit der Begründung eines Pfandrechtes oder eines Nießbrauches an dem dinglichen ebenso wie an dem obligatorischen Vorkaufsrechte durch Rechtsgeschäft aus. Nach § 296 Abs. 2 ist die Begründung eines Pfandrechtes durch Pfändung ausgeschlossen.

§ 955.

Einwendungen des Dritten.

Die Vorschrift stellt eine Konsequenz aus der akzessorischen Natur des Anspruches gegen den dritten Erwerber und damit mittelbar die akzessorische Natur des Anspruches selbst klar, vermöge deren der Fortbestand der dinglichen Haftung von dem Fortbestande der Hauptschuld abhängt. Die gleiche Konsequenz tritt bei der Reallast bezüglich der rückständigen Leistungen und bei der Hypothek hervor (§§ 1051, 1084 Abs. 3), nur daß dieselbe bei der Hypothek wegen der Erstreckung der publica fides des Grundbuches auf die Eintragung der gesicherten Forderung eine Modifikation erleidet (§ 1083).

§ 956.

Ausschlußfrist für die Ausübung des Rechtes.

Die in § 487 unter Ziffer 1 gedachte Anzeige des Vorkaufspflichtigen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme auf das Schuldverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten insofern von Einfluß ist, als mit dem Zeitpunkte der Anzeige für die Ausübung des Vorkaufsrechtes eine Erlöschungsfrist zu laufen beginnt.

Bei akzessorischen Verbindlichkeiten gilt die aus der Natur derselben sich ergebende Regel, daß der akzessorisch Verpflichtete solche einseitige Rechtsgeschäfte nicht mit gleicher Wirkung wie der Prinzipalschuldner vornehmen kann, welche auf die Hauptschuld von Einfluß sind, wie Wahl, Kündigung ꝛc. Eine solche Befugniß des akzessorisch Verpflichteten ist deshalb, wo sie am Platze ist, zu bestimmen. Die in § 1079 bestimmte Kündigungsbefugniß des Eigenthümers des Grundstückes in Ansehung der durch Hypothek gesicherten Forderung bietet ein Beispiel einer solchen Befugniß. Auch im vorliegenden Falle fordert das praktische Bedürfniß, daß dem akzessorisch Verpflichteten ein

Digitized by Google

in Ansehung des gegen ihn sich richtenden Anspruches in ähnlicher Weise wirksames selbständiges Interpellationsrecht gegeben werde, wie solches dem Vorkaufspflichtigen zusteht[1]). Hat der dritte Erwerber etwa weiter veräußert und ist damit die begrenzte akzessorische Haftung auf den neuen Erwerber übergegangen, so steht selbstverständlich auch diesem das Interpellationsrecht zu.

Das Interpellationsrecht des Vorkaufspflichtigen wird nicht berührt; aus der Vorschrift des § 955 ergiebt sich, daß die Präklusion des Berechtigten gegenüber dem Pflichtigen auch dem dritten Erwerber zu statten kommt.

§ 957.

Gegenseitige Verpflichtungen. a) Herausgabepflicht des Dritten.

1. Wird das eingetragene Vorkaufsrecht nicht als eine durch Veräußerungsverbot geschützte Rechtsposition, sondern als Belastung konstruirt, so äußert die Belastung die Wirkung, daß einerseits zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten das obligatorische Vorkaufsrecht hervorgerufen, andererseits für die Realisirung der Obligation aus dem perfekten Vorkaufe mit dem Grundstücke gehaftet wird, auch wenn dasselbe in die Hände des Käufers oder an einen weiteren Rechtsnachfolger desselben gelangt ist. In der letzteren Richtung wirkt die Vorkaufslast im Vergleiche mit Reallast und Hypothek insofern eigenthümlich, als sie den Verpflichteten nicht etwa zu einer Leistung zwingt, welche für ihn in solutione ist und durch deren Bewirkung er die Entziehung des Grundstückes verhütet, sondern den Verpflichteten anhält, zum Zwecke der Erfüllung der Vorkaufsobligation das ganze Grundstück herzugeben. Im praktischen Resultate kommt ein herauszugebendes Eigenthum des Erwerbers dem relativen Nichteigenthume desselben, und damit die Konstruktion des Entwurfes der Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechtes als einer durch Veräußerungsverbot geschützten Rechtsstellung ziemlich nahe. Auf beiden Wegen gelangt man zu der im § 957 Abs. 1 bestimmten Restitutionspflicht des dritten Erwerbers und nicht etwa zu einem Uebergange der obligatorischen Pflichten des vorkaufspflichtigen Veräußerers auf den dritten Erwerber; nur wird bei der Konstruktion des Entwurfes die Eigenthumserwerbung nicht in Frage gestellt, und der Erwerber hat deshalb eigentlich nicht die Sache, sondern das Recht herauszugeben. Die Abhängigkeit der Herausgabepflicht des dritten Erwerbers von dem Fortbestande des obligatorischen Rechtes gegen den Vorkaufspflichtigen und von der Innehaltung der Frist für die Geltendmachung des Rechtes gegen den Erwerber folgt schon aus den Vorschriften der §§ 955, 956, ist indessen der Deutlichkeit wegen bei Bestimmung der Herausgabepflicht in § 957 Abs. 1 hervorgehoben.

Erstattungs- und Befreiungspflicht des Berechtigten.

2. Der Berechtigte ist dem dritten Erwerber nicht als Käufer aus dem perfekten Vorkaufe verpflichtet; jedoch würde der dritte Erwerber, so lange der Berechtigte den Vorkaufspflichtigen nicht befriedigt hat, nach § 955 sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen können. Bei diesem Resultate könnte man es belassen in der Erwägung, daß der mit dem Vorkaufsrechte

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 644, 645.

und dessen möglichen Folgen bekannte dritte Erwerber die Gegenleistungen an seinen Veräußerer bis zur Erledigung der Einstandsfrage zurückzuhalten in der Lage ist und, wenn er dennoch leistet, seinem Veräußerer kreditirt. Dieser Erwägung gegenüber kommt indessen der Umstand in Betracht, daß die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach dem Zwecke dieses Rechtes die Ausnahme und nicht die Regel bildet, daß also der Erwerber auf die Nichtausübung rechnen und ohne Weiteres seinen Veräußerer zu befriedigen pflegt. Diese Auffassung entspricht dem geltenden Rechte[1]) und führt dazu, in § 957 Abs. 2 dem Berechtigten eine Lösungspflicht gegenüber dem dritten Erwerber aufzuerlegen, welche inhaltlich der in § 939 bestimmten Lösungspflicht entspricht. Die Lösungspflicht verbindet zu denselben Leistungen, welche auch die Verbindlichkeit aus dem perfekten Vorkaufe dem Berechtigten auferlegt; nur braucht der Berechtigte, soweit er an den dritten Erwerber hat zahlen müssen, an den Vorkaufspflichtigen nicht zu zahlen uud kann eventuell von diesem das doppelt Gezahlte zurückfordern.

Eine Minderung des Lösungsbetrages gegenüber dem dritten Erwerber nach § 368 wegen einer nach Perfektion des Vorkaufes eingetretenen Verschlechterung des Grundstückes findet nicht statt, weil der dritte Erwerber nicht die Stellung des aus dem zu Stande gekommenen Vorkaufe Verpflichteten hat. Auch gegen der Vorkaufsverpflichteten kann von dem Berechtigten ein Minderungsrecht nicht geltend gemacht werden, welches dem von ihm verdrängten Käufer nicht zusteht.

Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsanspruch.

3. Wenn auch nach der von dem Entwurfe gewählten Konstruktion der dritte Erwerber unbedingtes Eigenthum erworben hat und dem Berechtigten nur ein Anspruch auf Restitution dieses Eigenthumes zusteht, nicht ein Anspruch, durch welchen derselbe eine bereits erworbene eigene Eigenthumsposition geltend macht, so beruht doch dieser Herausgabeanspruch auf dinglicher Grundlage und ist zu behandeln, als wenn er auf Aussonderung (Konk. O. § 35) eines dem Erwerber nicht gehörigen Gegenstandes ginge; denn ohne eine solche dingliche Natur des Herausgabeanspruches würde das dingliche Vorkaufsrecht seinem Zwecke nicht genügen. Aus dem dritten Absatze des § 957 ergiebt sich, daß der Herausgabeanspruch gleich einer Vindikation zu behandeln ist, also insbesondere auch zur Aussonderung aus der Konkursmasse des Erwerbers führt. Eine Erstattung der Nutzungen[2]) wird nicht besonders bestimmt, weil regelmäßig die Nutzungen des Preises und der Sache sich kompensiren und deshalb Nutzungsersatz nur in der Gestalt des Schadenersatzes wegen Verzuges zu fordern ist.

Der Erwerber hat nicht gleich einem unredlichen Besitzer zu haften, weil er auf die Ausübung des ihm bekannten Vorkaufsrechtes nicht zu rechnen braucht[3]). Die Verschärfung der Haftung nach Maßgabe der §§ 931—933 kann erst eintreten, wenn der Erwerber Gewißheit erlangt, daß ihm gegen-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 623, 624, 637, 638; bayr. L. R. IV, 5 § 8.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 643.

[3]) Abweichend: bayr. L. R. IV, 5 § 10 Nr. 3, 4, theilweise auch preuß. A. L. R. I, 20 § 641.

über das Vorkaufsrecht geltend gemacht wird. Diese Gewißheit ergiebt sich aber erst durch die Erklärung der Ausübung seitens des Berechtigten gegenüber dem Erwerber.

Haftung des Erwerbers wegen Belastungen des Grundstückes.

4. Der Erwerber kann das Grundstück mit weiteren Rechten belasten. Er handelt auch nicht rechtswidrig und begeht kein Delikt, wenn er so verfährt, während die Ausübung des Vorkaufsrechtes gegen ihn noch ungewiß ist. Da er nicht die Stellung des Verkäufers hat, so würde er auch nicht zur Verschaffung des lastenfreien Eigenthumes (§ 371), sondern nur zur Restitution des Eigenthumes, wie solches ihm zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes zusteht, verpflichtet sein. Man würde höchstens die Belastung einem körperlichen Substanzverbrauche gleichsetzen können, bei welchem der Dritte zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sein würde. Dieses Resultat ist jedoch praktisch nicht annehmbar. In Ansehung der Haftung wegen inzwischen erfolgter Belastung läßt sich der Gesichtspunkt, daß der dritte Besitzer einstweilen gleich einem bonae fidei possessor für den von ihm herbeigeführten Abbruch haftfrei ist, nicht durchführen, wenn das Vorkaufsrecht nicht einer dringenden Gefahr der Vereitelung ausgesetzt werden soll[1]). Der Entwurf bestimmt deshalb im vierten Absatze des § 957, daß der Erwerber gegenüber dem Berechtigten verpflichtetet ist, die inzwischen erfolgten Belastungen zu beseitigen. Wie in § 107 Abs. 1 wird der rechtsgeschäftlichen Belastung die im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber erwirkte Belastung gleichgesetzt.

Erfüllung Zug um Zug.

5. In Ansehung der Geltendmachung der Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen und auf die Lösungssumme findet gegenüber dem Vindikationsfalle (§§ 938 bis 941) der Unterschied statt, daß bei dem Vindikationsbeklagten die fraglichen Ansprüche durch die Wiedererlangung der Sache bedingt sind, vor dieser Erlangung nicht bestehen, mithin einstweilen nur von einem Zurückhaltungsrechte des Vindikationsbeklagten die Rede sein kann. Bei dem Vorkaufsrechte werden die beiderseitigen Ansprüche mit der Erklärung des Berechtigten, sein Recht auszuüben (§ 958), existent. Es ist deshalb hier nur das synallagmatische Verhältniß der beiderseitigen Ansprüche (§ 957 Abs. 5 Satz 1) und ferner zu bestimmen, daß die für ein solches auf Vertrag der Betheiligten beruhendes Schuldverhältniß geltenden Vorschriften der §§ 364, 365 auch hier, wo dieses Verhältniß auf Gesetz beruht, entsprechende Anwendung finden.

Weiterveräußerung des Dritten.

6. Der Anspruch des Berechtigten richtet sich auch gegen die Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers. Diese Konsequenz aus der dinglichen Natur des Herausgabeanspruches wird nicht wohl zu verkennen sein und bedarf deshalb keiner Hervorhebung im Gesetze. Ebensowenig wird verkannt werden können, daß der Umfang des Lösungsanspruches aus der Person des ersten Erwerbers sich bestimmt[2]) und daß nicht nur das Recht auf Verwendungsersatz in Gemäßheit des § 937 von dem Vormanne auf den Nachmann über-

---

[1]) Vergl. bayr. L. R. IV, 5 § 10 Nr. 3, 4.

[2]) Vergl. bayr. L. R. IV, 5 § 5 Nr. 6. Etwas abweichend zu Gunsten des Berechtigten: preuß. A. L. R. I, 20 § 636.

tragen wird, sondern daß auch das Lösungsrecht — anders wie bei der Vindikation § 940 — auf die Rechtsnachfolger übergeht.

§ 958.

Entstehung der gegenseitigen Verpflichtungen.

Bei der Vindikation wird der Vindikant durch die Geltendmachung seines Eigenthumes gegenüber dem Besitzer nicht zur Erfüllung der Gegenansprüche desselben verpflichtet. Wenn der Entwurf bei dem dinglichen Vorkaufsrechte eine andere Entscheidung trifft und der Erklärung des Berechtigten gegenüber dem dritten Erwerber, sein Recht ausüben zu wollen, die Wirkung beilegt, daß auch der Erklärende zur Erfüllung der ihm obliegenden Gegenverbindlichkeiten endgültig verpflichtet wird, so hat diese Verschiedenheit ihren Grund darin, daß die Erklärung des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem dritten Erwerber den Herausgabeanspruch des Berechtigten erst zur Entstehung bringt. In dem Verhältnisse zwischen den Betheiligten würde eine unbillige Ungleichheit sich ergeben, wenn die Erklärung des Berechtigten nur einseitig verpflichtend wirken würde, und die Rechte des Erwerbers ungewiß und davon abhängig blieben, daß der Berechtigte seinen Willen nicht ändert. Das entstehende Schuldverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber ist ein gegenseitiges, aber nicht ein auf einem gegenseitigen Vertrage beruhendes; es ist deshalb von dem perfekten obligatorischen Vorkaufe zu unterscheiden, welcher durch die von dem Berechtigten gegenüber dem Vorkaufspflichtigen nach § 482 abgegebene Erklärung zu Stande kommt und zu Stande gekommen sein muß, bevor der Berechtigte gegen den dritten Erwerber vorgehen kann, weil sonst der letztere in Gemäßheit der Vorschrift des § 955 diesen Mangel zu rügen berechtigt ist.

§ 959.

Erweiterungen des Vorkaufsrechtes.

Die Vorschrift des § 959 hebt eine Konsequenz des Prinzipes hervor, daß im Gebiete des Sachenrechtes keine Vertragsfreiheit gilt. Diese Hervorhebung schien um deswillen zweckmäßig, weil für das obligatorische Vorkaufsrecht ein Anderes gilt und deshalb für den Fall der Verdinglichung des Vorkaufsrechtes die Gefahr eines Irrthumes nahe liegt.

Aufhebung durch Rechtsgeschäft.

§ 960.

Allgemeine Grundsätze.

Um Wiederholungen zu vermeiden, soll der § 960 hier nicht für sich allein genommen begründet, sondern eine allgemeine Rechtfertigung der Grundsätze gegeben werden, welchen der Entwurf bei seinen Vorschriften über die Aufhebung begrenzter Rechte an Grundstücken folgt.

Wenn der Entwurf auch allgemeine Vorschriften über die Aufhebung von begrenzten Rechten an Grundstücken durch Rechtsgeschäft nicht aufgenommen

hat, so folgt er doch allgemeinen Prinzipien, welche in den §§ 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 unter Berücksichtigung der bei den einzelnen Arten der aufzuhebenden Rechte stattfindenden Besonderheiten zur Anwendung gebracht sind. Dabei ist von der Hypothek und der Grundschuld abzusehen, für welche eine abweichende Regelung nothwendig erschien.

Die leitenden Prinzipien sind zum großen Theile den allgemeinen Bestimmungen des Entwurfes über Rechte an Grundstücken zu entnehmen. Der Entwurf wird durch diese Bestimmungen darauf hingewiesen, in der vorliegenden Frage seinen eigenen Weg zu gehen. Nur diejenigen Gesetze, welche dem Grundbuchsysteme folgen, verdienen einige Berücksichtigung.

Der Entwurf beruht in Ansehung der hier behandelten Frage auf folgenden allgemeinen Gesichtspunkten.

Einseitigkeit des Verzichtes.

1. Die Aufhebung eines jeden Rechtes an einer Sache mit Ausnahme der Hypothek und der Grundschuld wird von dem einseitigen Willen des Verzichtenden abhängig gemacht. Dieses Prinzip gilt bei der Dereliktion, jedoch kommt hier in Betracht, daß die Aufhebung des Eigenthumes die Rechtssphäre anderer Personen nicht berührt. Das gleiche Prinzip wird aber auch bei den begrenzten Rechten zur Anwendung gebracht, obgleich hier die Aufhebung eine Konsolidation des Eigenthumes herbeiführt und somit eine dem Eigenthümer unabhängig von dessen Willen gemachte Zuwendung enthält. Die Annahme des Prinzipes der freien Verzichtbarkeit beruht nicht auf Rechtsnothwendigkeit, sondern nur auf Gründen der Zweckmäßigkeit, welche die unnöthige Hineinziehung desjenigen, welchem zugewendet wird, behufs Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehres widerrathen. Bei Forderungen, Hypotheken und Grundschulden gilt nicht die freie Verzichtbarkeit (§§ 290, 1091, 1108, 1125, 1136). Es ist weder das Prinzip, daß man von einem jeden reinen Rechte willkürlich und einseitig sich müsse lossagen können, noch das Prinzip, daß Niemandem eine Zuwendung ohne den Willen desselben gemacht werden könne (vergl. § 438), zu Grunde gelegt, vielmehr die Wirksamkeit des einseitigen Verzichtes da zugelassen, wo man sie für ungefährlich hielt.

Im gemeinen Rechte ist die Frage, ob der Verzicht ein vertragsmäßiger sein müsse, nicht unbestritten. Nach dem preuß. A. L. R. I, 22 § 43 in Verbindung mit I, 16 §§ 387 ff. und nach dem sächs. G. B. §§ 590, 649 wird die Frage zu bejahen sein.

Bei solchen begrenzten Rechten, welche Grundstücksqualität haben, also nach dem Entwurfe bei dem Erbbaurechte, führt die Vorschrift des § 781 Abs. 2 übrigens nicht dazu, die Aufgebung des Rechtes als Dereliktion mit eintretender Herrenlosigkeit des Rechtes zu behandeln, sondern es wird Konsolidation des Eigenthumes eintreten.

Form des Verzichtes.

2. Wird für die Aufhebung durch einseitigen Verzicht entschieden, so bleibt die Frage, ob ein formloser Verzicht, bei welchem naturgemäß der Eigenthümer als Empfänger der Zuwendung auch der Erklärungsempfänger sein würde, genügen oder ob ein Weiteres erfordert werden soll. Die weiter aufzustellenden Erfordernisse für die Aufhebung von Rechten würden den Erfordernissen für die Begründung jener Rechte — abgesehen von dem Erforder-

nisse eines Vertrages — zu entsprechen, also im Wesentlichen dahin zu gehen haben, daß der Verzichtende das Seinige thue, um den der neuen Rechtsgestaltung entsprechenden Zustand, bei Rechten an Grundstücken durch Eintragung in das Grundbuch, bei Rechten an beweglichen Sachen durch Rückgabe der Inhabung, herzustellen. Die blos schriftliche Form des Verzichtes, welche das preuß. Recht, A. L. R. I, 5 § 135, kennt[1]), ist ohne besondere Vortheile. Die Entscheidung kann nur nach Zweckmäßigkeitsgründen getroffen werden. Für die Fälle der Aufhebung der Rechte an Grundstücken durch Rechtsgeschäft — mag solche nun durch Vertrag oder durch einseitige Verzichtserklärung geschehen — verlangt der Entwurf in Uebereinstimmung mit mehreren neueren Grundbuchgesetzen[2]) und mit dem sächs. G. B.[3]) die Löschung im Grundbuche im Hinblicke auf die Vortheile, welche mit einer steten Richtig- und Vollständigerhaltung des Grundbuches verbunden sind. Auch ist nicht außer Betracht geblieben, daß der formlose dingliche Verzicht von dem entsprechenden obligatorischen Rechtsgeschäfte sich für dritte Personen unter Umständen nicht hinreichend deutlich unterscheidet und daß deshalb die Kunde dritter Personen von einem solchen Vorgange nicht immer die wirkliche Kenntniß dieser Personen von einer Thatsache beweist, aus welcher die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage sich ergiebt (vergl. § 837 Abs. 2). Doch darf nicht übersehen werden, daß der Entwurf die angedeuteten Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht in allen Fällen den Ausschlag geben läßt gegenüber den Vortheilen des erleichterten Rechtsverkehres, welche mit der Formlosigkeit der Verzichtserklärung verknüpft sind. Der Verzicht auf einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einem Rechte an einem Grundstücke ist nach § 1021 Abs. 2 in Verbindung mit § 1015, 1206 Abs. 2 in Verbindung mit § 1189 formfrei, obwohl die Begründung des aufgehobenen Rechtes an die Form der Eintragung gebunden ist.

Die einseitige Erklärung, zu welcher die Löschung hinzutreten muß, ist in Ansehung ihrer Wirksamkeit nach § 834 zu beurtheilen. Da der Eigenthümer, dessen Recht entlastet wird, dem Rechtsgeschäfte fern bleibt, so ist das Grundbuchamt der Erklärungsempfänger. Dritte Personen, auch der Eigenthümer des belasteten Grundstückes, können nur als Boten oder Stellvertreter die Erklärung übermitteln. Die Abgabe der Erklärung *vor* dem Grundbuchamte wird nur bei Aufgebung des Erbbaurechtes (§ 965) gefordert im Hinblicke auf die Grundstücksqualität des Erbbaurechtes. In Ansehung des Verfahrens wird davon ausgegangen, daß nach der Grundbuchordnung die Löschungsbewilligung entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll oder in einer öffentlich (d. h. von einem Gerichte oder einer anderen landesgesetzlich hierzu befugten Behörde oder einem Notare) beglaubigten Urkunde erklärt sein muß,

---

[1]) Das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 12 beläßt es bei der früheren Vorschrift.

[2]) Mecklenb. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 §§ 21, 24; braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1873 § 23; hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 §§ 223, 43.

[3]) Sächs. G. B. §§ 455, 508, 590, 649, 661.

ferner daß der Eigenthümer des belasteten Grundstückes von den einschlagenden für ihn wichtigen Vorgängen Kenntniß erhält.

Die Einseitigkeit des Verzichtes erschwert und gefährdet nicht die Lage desjenigen, welcher zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Sobald die allen Erfordernissen entsprechende Erklärung an das Grundbuchamt gelangt, ist der Erklärende gebunden und kann die Gegenleistung mit Sicherheit bewirkt werden.

Einfluß einer Belastung des aufzuhebenden Rechtes.

3. Der Berechtigte ist nicht in der Lage, die vollständige Aufhebung seines Rechtes herbeizuführen, wenn dieses Recht zu Gunsten einer dritten Person belastet ist. Nach allgemeinen Grundsätzen hindert eine solche Belastung den Berechtigten nicht an der Verfügung über sein Recht. Er kann dasselbe übertragen, weiter belasten und würde dasselbe auch aufheben können, nur daß in allen Fällen das belastende Recht in seinem Bestande nicht berührt wird. Das Erforderniß der Löschung steht an sich auch nicht der Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes entgegen; nur würde dieser Vorbehalt in dem Löschungsvermerke Aufnahme finden müssen.

Der Entwurf schließt in allen Fällen der Aufhebung von Rechten (an Grundstücken, an beweglichen Sachen und an Rechten) durch positive Bestimmung die rechtsgeschäftliche Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes aus, indem in § 960 Abs. 2, § 965 Abs. 2, § 977 Abs. 2, § 1015, § 1016 Abs. 2, § 1021 Abs. 2, §§ 1025, 1048, 1061 und § 1206 Abs. 2 in Verbindung mit § 1189 die Einwilligung des dritten Berechtigten zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung verlangt wird. Damit wird, wenn dem Erfordernisse nicht genügt ist, der Erklärung die Kraft abgesprochen, die beabsichtigte rechtliche Wirkung herbeizuführen, und zwar wird derselben auch nicht die Wirkung einer dinglichen Bindung beigelegt, kraft deren, ohne jedes Widerrufsrecht des Erklärenden, mit Hebung des Mangels die beabsichtigte rechtliche Wirkung nunmehr einträte. Die Konvaleszenzmöglichkeit wird, soweit es sich um Rechte an Grundstücken handelt, wenn die Löschung ohne die erforderliche Einwilligung zu Unrecht vorgenommen worden ist, nach den Vorschriften des im § 834 mitallegirten § 830 zu beurtheilen sein.

Die Gründe für die Regelung des Entwurfes liegen in den Unzuträglichkeiten, welche bei einer Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes sich ergeben würden. Man würde zu einem in gewissem Sinne relativen Fortbestande des aufgehobenen Rechtes kommen, welcher so weit reicht, wie der Inhalt des vorbehaltenen belastenden Rechtes verlangt. Die Verwickelung und die Ungewißheit, welche mit einer solchen Relativität verbunden sind, erscheinen im praktischen Interesse nicht wünschenswerth. Eine entsprechende Rechtsbegründung, z. B. Bestellung einer Servitut lediglich zu Gunsten eines Hypothekberechtigten, ist im Entwurfe nicht zugelassen. Im Falle der Aufhebung eines begrenzten Rechtes durch Vereinigung desselben mit dem Eigenthume in einer Person schließen die Vorschriften des § 835, des § 1016 Abs. 1 Satz 2 und des § 1193 gleichfalls einen Fortbestand des begrenzten Rechtes lediglich zur Wahrung des dasselbe belastenden Rechtes aus, indem die aufhebende Wirkung der Vereinigung aufgeschoben wird.

Einwilligung des dritten Berechtigten.

4. Die zum rechtsgeschäftlichen Erfordernisse der Verzichtserklärung gemachte Einwilligung des dritten Berechtigten ist in ihrer Natur der Verzichtserklärung selbst ähnlich; bei der einen wie bei der anderen Erklärung handelt es sich um die Aufhebung eines belastenden Rechtes. Auch ist möglich, daß das Recht, welches das aufzuhebende Recht belastet, seinerseits wieder belastet, z. B. der Nießbrauch an einer Reallast verpfändet ist und daß deshalb die erforderte Einwilligung in analoger Weise nur unter Hinzutritt der Einwilligung des weiteren Berechtigten wirksam ist. Für die Wirksamkeit des in der erforderten Einwilligung steckenden Verzichtes wird nur erfordert, daß die Erklärung, sei es dem Grundbuchamte, sei es demjenigen gegenüber abgegeben wird, welcher auf sein belastetes Recht an dem Grundstücke verzichtet. Der Entwurf fordert nicht, daß zur Wirksamkeit des Verzichtes auf das belastete Recht mindestens gleichzeitig das belastende Recht durch einen den gewöhnlichen Erfordernissen entsprechenden Verzicht aufgehoben sein müsse; denn sonst würde die geforderte Einwilligung, wenn das belastende Recht des Dritten unmittelbar das Grundstück und nur mittelbar das mit dem Eigenthume an dem Grundstücke verbundene aufzuhebende Recht (Vorkaufsrecht, Grunddienstbarkeit oder Reallast) belastet, oder wenn die Aufhebung eines belasteten Rechtes mit Grundstücksqualität in Frage steht, die Erklärung des Einwilligenden denjenigen Erfordernissen genügen müssen, welche für die rechtsgeschäftliche Aufhebung *seines* Rechtes bestimmt sind.

Jedenfalls ist die Einwilligung, welche den Verzicht ersetzt und deren Unwiderruflichkeit deshalb von dem Entwurfe bestimmt wird, gegenüber demjenigen Verzichte, zu welchem sie hinzutreten muß, ein selbständiges Rechtsgeschäft und deshalb wohl zu unterscheiden von der im § 127 gedachten Einwilligung.

Mittelbare u. unmittelbare Belastung des aufzuhebenden Rechtes.

5. Das aufzuhebende Recht am Grundstücke kann, wenn es ein veräußerliches Recht ist, unmittelbar belastet sein, entweder nach den Vorschriften über die Belastung von Grundstücken, wenn das aufzuhebende Recht Grundstücksqualität hat, oder nach den Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten. Bei subjektiv-dinglichen Rechten ist nur eine mittelbare Belastung möglich, welche das verbundene Recht als Bestandtheil des Grundstückes ergreift. Es hat in den Vorschriften der §§ 960, 965, 977, 1015, 1061 die Eigenschaft der Veräußerlichkeit der aufzuhebenden Rechte und die subjektiv-dingliche Natur derselben Berücksichtigung gefunden.

Beschränkung des Erfordernisses der Einwilligung.

6. Im Falle der mittelbaren Belastung, also bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung von subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechten, Grunddienstbarkeiten und Reallasten bleibt die Möglichkeit, daß das Grundstück mit Rechten, insbesondere Gebrauchsrechten, belastet ist, für deren Verwirklichung der Fortbestand des aufzuhebenden Rechtes ohne jede Bedeutung ist. In solchen Fällen werden die aufzuhebenden Rechte in Wirklichkeit von der mittelbaren Belastung überall nicht getroffen. Pfandrechte treffen immer alle subjektiv-dinglichen Rechte als Bestandtheile des Grundstückes. Der Nießbrauch trifft nicht das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht, weil dasselbe seinem Inhalte nach weder zu Nutzungen noch zu einem nutzbaren Surrogate führt. Soweit die Verwirklichung des belastenden Rechtes durch die Aufhebung nicht berührt wird, was unschwer

Digitized by Google

vom Grundbuchamte festzustellen ist, soll nach dem Entwurfe (§ 960 Abs. 2, § 965 Abs. 2, § 1061 Abs. 2) die Einwilligung des dritten Berechtigten nicht erfordert werden. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des dritten Berechtigten, welche sich für den Fall der Umwandlung seines Rechtes in einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse ergeben könnte, kommt hier ebensowenig wie in dem Falle des § 975 Satz 2 in Betracht.

Unschädlichkeitsatteste.

Zu einer weiteren Erleichterung führt der Vorbehalt zu Gunsten derjenigen Landesgesetze, welche ein behördliches Unschädlichkeitsatteste die fehlende Einwilligung ersetzen lassen (vergl. Anm. zu § 977).

Aenderung des Inhaltes der begrenzten Rechte.

7. Neben dem Rechtsgeschäfte der Aufhebung wird ein Rechtsgeschäft, durch welches der Inhalt von Rechten an Grundstücken geändert wird, nicht unterschieden, weil Aenderung nichts Anderes als theilweise Aufhebung und theilweise Begründung ist.

Sechster Abschnitt.

Erbbaurecht.

Vorbemerkungen.

Gründe für die Zulassung.

1. Der mögliche Inhalt der Dienstbarkeiten ist im Entwurfe dahin begrenzt, daß die eingeräumte Benutzung der fremden Sache bei Grunddienstbarkeiten für die Benutzung des herrschenden Grundstückes förderlich sein muß (§ 967), bei persönlichen Dienstbarkeiten an die Person des Berechtigten ihrem Bestande nach gebunden ist (§ 1014). Die Zulassung der Begründung von Dienstbarkeiten, welche nicht in dieser Weise inhaltlich bezw. der Dauer nach beschränkt sind, würde dazu führen, daß vererbliche und veräußerliche Benutzungsrechte begründet werden könnten, welche das Eigenthum der belasteten Sache auf die Dauer in weitem Umfange schwächen, ja erschöpfen, und selbständige dem Eigenthume an Dauerhaftigkeit gleichkommende Rechtsgüter und Verkehrsobjekte sind. Für die ausnahmsweise Zulassung der Schaffung derartiger dauernder Gerechtigkeiten muß ein spezieller, in dem besonderen Zwecke einer gewissen Art der Benutzung liegender Grund vorhanden sein. Der Entwurf findet einen solchen Grund in dem Zwecke der Benutzung eines Grundstückes, um auf demselben ein Bauwerk zu haben. Der Unternehmer einer solchen Anlage muß, wenn sein Unternehmen auf einer festen wirthschaftlichen Grundlage ruhen soll, einer langen, nicht durch den Wegfall seiner Person begrenzten Dauer seines Rechtes gewiß sein. Für das Vorhandensein eines Bedürfnisses, die Begründung der Superfizies zuzulassen, spricht der Umstand, daß das geltende Recht die Begründung von Rechten, welche dem Zwecke der römischen Superfizies dienen, zuläßt und nur in Ansehung der juristischen Konstruktion Abweichungen stattfinden. Die Abneigung der neueren Gesetzgebungen gegen dauernde Belastung der Grundstücke hat auf die Superfizies sich nicht erstreckt, wenigstens ist die Superfizies von den die Entlastung des Grund und Bodens bezweckenden Gesetzen nirgends ausdrücklich getroffen.

Konstruktion.

2. Zwei Konstruktionen des superfiziarischen Rechtes stehen im geltenden Rechte einander gegenüber. Nach der einen Konstruktion ist die Superfizies Sondereigenthum an der baulichen Anlage. Ueber die Frage, ob mit diesem Sondereigenthume zugleich ein Benutzungsrecht an dem Grund und Boden verbunden ist, da sonst der Sondereigenthümer nur vindiziren und wegnehmen

könnte, schwebt ein gewisses Dunkel[1]). Für den Entwurf ist eine solche Konstruktion aus den zu § 783 angeführten Gründen ausgeschlossen. Es bleibt mithin, da auch von einer Konstruktion als Miteigenthum oder als getheiltes Eigenthum[2]) nicht die Rede sein kann, nur die Konstruktion der Superfizies als Benutzungsrecht. Eine solche Konstruktion entspricht dem gemeinen Rechte und den meisten Gesetzgebungen[3]).

Eintragungsfähigkeit.

3. Das Erbbaurecht ist das einzige begrenzte Recht, welchem der Entwurf ein Grundbuchblatt einräumt (§ 962 Abs. 2) und auf welches deshalb nach § 781 die für Grundstücke geltenden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden. Ueber die Uebertragung und Belastung des bestehenden Erbbaurechtes braucht deshalb nichts bestimmt zu werden. Die Vorschriften der §§ 868—871 finden auch in Ansehung der Uebertragung und Belastung des Erbbaurechtes Anwendung.

Zeitliche Begrenzung.

4. Der Entwurf bestimmt für das Erbbaurecht keine absolute zeitliche Maximalgrenze, wie solche in der belgischen Gesetzgebung vorkommt, noch auch eine derartige Minimalgrenze, wie sie dem röm. Rechte nicht fremd zu sein scheint[4]). Das Bedürfniß, eine Maximalgrenze zu setzen, ist nicht ersichtlich. Die Superfizies kommt nur sporadisch vor und belastet gewöhnlich nur verhältnißmäßig geringe Parzellen. Sie ist deshalb, was den wirthschaftlichen Einfluß einer Nichtbegrenzung ihrer Dauer betrifft, mit den agrarischen Belastungen nicht zu vergleichen. Noch weniger ist das Bedürfniß einer zeitlichen Minimalgrenze erfindlich. Erbbaurechte von kurzer Dauer können zum Ersatze dinglicher Miethrechte, welche der Entwurf nicht kennt, dienen. Außerdem wird man die Begründung eines Erbbaurechtes unter einer auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermines nicht ausschließen können; durch die Zulassung einer solchen Begründung würde aber die zeitliche Minimalgrenze der Sache nach wieder aufgegeben sein.

---

[1]) Code civil Art. 552, 553, 664; ital. G. B. Art. 440, 448, 562; zür. G. B. § 549. Das württemb. Recht kennt Stockwerkseigenthum; vergl. Plenarbeschluß des O. T. zu Stuttgart v. 22. Januar 1869, Lang, Handb. des Sachenrechts § 101. Das bad. L. R. Art. 577 aq läßt die Auffassung eines superfiziarischen Rechtes als eines Benutzungsrechtes neben dessen Auffassung als Sondereigenthum zu.

[2]) Oesterr. G. B. §§ 1147, 1148, 1150; Gesetz über Grund- und Hypothekenbücher in den Domänen der Großherzogthümer Mecklenburg-Schwerin und Strelitz v. 2. Januar 1854 § 1 und 24. Dezember 1872 § 1.

[3]) Die preußische Doktrin ist überwiegend der Ansicht, daß das Superfiziarrecht, welches im A. L. R. I, 22 Abschn. VII bestimmt ist, wesentlich der gemeinrechtlichen Superfizies entspricht und von der Ablösungsgesetzgebung (Ges. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 2) nicht getroffen ist. Das sächs. G. B. hat in der fünften Abtheilung des Sachenrechtes unter Nr. X Vorschriften über das „Bau- und Kellerrecht" mit der Eigenthümlichkeit, daß die Begründbarkeit eines solchen Rechtes von der dem Ermessen des Justizministeriums überlassenen Bewilligung eines Foliums abhängt; vergl. belg. Ges. v. 10. Januar 1824 (Delebèque et Hoffmann, les codes en vigueur en Belgique, c. civ. p. 127); niederl. G. B. Buch 2 Tit. 6.

[4]) L. 1 § 3 D. de superf. 43, 18.

Auch von einer dispositiven zeitlichen Maximalgrenze, wie die holländische Gesetzgebung solche kennt, muß bei der Verschiedenheit der einzelnen Fälle abgesehen werden.

Vorkaufsrecht des Eigenthümers.

5. Man könnte nach dem Vorgange des preuß. rev. Entw. VI § 580 daran denken, ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Eigenthümers des belasteten Grundstückes zu bestimmen, um eine schließliche Konsolidation des Eigenthumes herbeizuführen. Doch sprechen gegen eine solche Bestimmung die Bedenken, welche überhaupt die Einräumung gesetzlicher Vorkaufsrechte widerrathen, insbesondere, daß ein solches Vorkaufsrecht den Erbbauberechtigten schwer bedrücken und dem Eigenthümer nur eine ungewisse und geringwerthige Aussicht auf Konsolidation verschaffen würde.

Sondereigenthum am Bauwerke.

6. Nach der Vorschrift des § 785, daß die Sachen bezw. Gebäude, welche von dem Berechtigten in seinem Interesse in Ausübung eines Rechtes mit dem Grundstücke verbunden sind, nicht als Bestandtheile des Grundstückes gelten, ist ein Eigenthum des Erbbauberechtigten an den von ihm errichteten Bauwerken der Regel nach anzunehmen. Das Eigenthum an einem zur Zeit der Errichtung bereits vorhandenen Gebäude bleibt nach § 782 zu beurtheilen.

Subjektivdingliches Erbbaurecht.

7. Eine Vorschrift, daß das Erbbaurecht als ein subjektiv-dingliches, mit dem Eigenthume eines anderen Grundstückes verbundenes Recht begründet werden könne, wird nicht gegeben. Liegt die Voraussetzung des § 967 Abs. 1 vor, so kann der mit der Begründung des Erbbaurechtes als eines subjektivdinglichen Rechtes verfolgte Zweck durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit entsprechenden Inhaltes erreicht werden. Darüber hinaus würde die Verbindung eines Erbbaurechtes mit dem Eigenthume eines anderen Grundstückes als eine zufällige und beliebig lösbare zu behandeln sein; eine solche Verbindung läßt sich dadurch schaffen, daß ein erworbenes Erbbaurecht ebenso wie ein erworbenes Grundstück mit einem dem Erbbauberechtigten gehörigen Grundstücke nach § 787 Abs. 2 zu einem Grundstücksganzen vereinigt und das Erbbaurecht auf das Grundbuchblatt des letzteren mittels Zuschreibung eingetragen wird.

Zinspflicht.

8. In der gemeinrechtlichen Doktrin ist bestritten, ob die Zinspflicht für die Superfizies wesentlich sei. Für die Bejahung wird als Grund angeführt, daß das Eigenthum thatsächlich völlig verdrängt zu werden und in Vergessenheit zu gerathen droht, wenn nicht eine Zinsleistung, sei es auch nur Leistung einer Rekognitionsgebühr stattfindet. Dieser an sich schon wenig stichhaltige Grund trifft bei der Grundbucheinrichtung überall nicht zu. Die Belastung des Erbbaurechtes mit einer Reallast und die Ausbedingung des Erlöschens des Erbbaurechtes, wenn die Realleistungen unterbleiben, sind der freien Vereinbarung überlassen.

Terminologie.

9. Der Entwurf hat die Bezeichnung „Erbbaurecht" gewählt, welche nach der deutschen Rechtssprache den Karakter des Rechtes als eines selbständigen veräußerlichen und vererblichen Rechtsgutes hervortreten läßt. Die sonst vorkommenden Ausdrücke „Platzrecht" in der gemeinrechtlichen Doktrin und dem bayr. Entw., „Bau- und Kellerrecht" im sächs. G. B. sind weniger bezeichnend. Der Ausdruck „Bodenzinsrecht" im österr. G. B. ist wegen der Unwesentlichkeit der Belastung des Erbbaurechtes mit einem Kanon nicht passend.

Digitized by Google

10. Ein besonderes Legalschuldverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten, wie bei Nießbrauch und Faustpfandrecht, kommt nach dem Entwurfe bei dem Erbbaurechte nicht vor. Konservirungspflichten, wie solche dem Pfandgläubiger und dem Nießbraucher obliegen, können bei dem Erbbaurechte auch für den Fall nicht wohl bestimmt werden, daß die bauliche Anlage dem Eigenthümer gehört, das Recht zeitlich begrenzt ist und bei Endigung des Erbbaurechtes auch bezüglich einer solchen Anlage das Recht des Eigenthümers sich konsolidirt; denn die einzelnen Fälle sind zu verschieden gestaltet um die Aufstellung einer allgemeinen Regel zu rechtfertigen. Volkswirthschaftliche Nachtheile, insbesondere ein Verfallenlassen der dem Eigenthümer des Grundstückes gehörenden Gebäude sind hieraus kaum zu befürchten. Legalschuldverhältniß.

11. Bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten kann nach §§ 966, 1048 eine reallastartige Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes zur Unterhaltung von Dienstbarkeitsanlagen begründet werden. Für das Erbbaurecht ist eine ähnliche Erhöhung der Belastung des superfiziarischen Grundstückes nicht zuzulassen; eine solche Zulassung könnte nur für den Fall der von dem Entwurfe ausgeschlossenen Stockwerkssuperfizies in Frage kommen. Unterhaltungspflicht.

12. Was die Beendigung des Erbbaurechtes anbelangt, so hat der Entwurf nur über dessen Aufhebung durch Rechtsgeschäft eine Bestimmung aufgenommen. Eine Aufhebung durch non usus oder Verjährung ist schon durch das dem § 847 zu Grunde liegende Prinzip für den Entwurf ausgeschlossen. Ferner wird der von der gemeinrechtlichen Doktrin behauptete Erlöschungsgrund, wenn der Superfiziar unbeerbt stirbt, nicht erwähnt, da kein Grund vorliegt, im Falle der Sukzession des Fiskus das Erbbaurecht das Schicksal aller anderen Nachlaßgegenstände nicht theilen zu lassen[1]). Endlich kann auch die von der gemeinrechtlichen Doktrin behauptete Verwirkung der Superfizies bei dreijährigem Rückstande mit dem Solarium nicht in Betracht kommen, da der Entwurf die Belastung mit einer Realabgabe nicht zu einem wesentlichen Momente der Superfizies gemacht hat. Beendigung.

13. Ueber die Frage, ob dem Superfiziar oder dem Grundeigenthümer das Recht an einem im Gebäude gefundenen Schatze (§ 928) zukomme, hat der Entwurf die Aufnahme einer Bestimmung für entbehrlich erachtet; die Entscheidung der Frage wird, wenn der Schatz gerade in dem Bauwerke gefunden ist, von dem Eigenthume an diesem abhängen; im Uebrigen aber wird der Eigenthümer des Grundstückes den durch § 928 bestimmten Vortheil haben, weil die Superfizies nach dem Entwurfe nicht eine Art von Nutzeigenthum ist, welches mit einem Obereigenthume konkurrirte. Recht am Schatze.

§ 961.

1. Dem Erbbaurechte ist im Vergleiche mit den sonst ihm am nächsten stehenden Dienstbarkeiten eigenthümlich, daß für seinen Begriff eine bestimmte Begriff.

[1]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 340.

wirthschaftliche Art der Benutzung des Bodens — als Baugrund — wesentlich ist, während bei den Servituten eine gleichartige Beschränkung nicht gesetzt ist. Das Gesetz wird die besondere superfiziarische Benutzungsart thunlichst genau zu bestimmen haben, da die Gültigkeit des Begründungsaktes davon abhängig ist, daß die vertragsmäßig bestimmte Benutzuug der gesetzlichen Definition entspricht.

Die dem Berechtigten eingeräumte Befugniß muß auf das Haben eines Bauwerkes auf oder unter der Oberfläche des Grundstückes gehen. Dem allgemeinen Ausdrucke „Bauwerk" ist der Vorzug vor dem spezielleren Ausdrucke „Gebäude" gegeben, um auch Monumente, Brücken, Viadukte und dergl. zu begreifen. Darauf, ob das Bauwerk zur Zeit der Errichtung schon besteht oder von dem Berechtigten errichtet werden soll, kommt, was die Zulässigkeit der Begründung des Erbbaurechtes betrifft, entgegen einer in der gemeinrechtlichen Doktrin vertretenen Meinung, nichts an. Dies besonders im Gesetze hervorzuheben[1]), ist indessen nicht erforderlich. Die Begründung der Superfizies an einem Gebäudetheile ist im Entwurfe abgelehnt, weil ein solches superfiziarisches Recht, z. B. an einem einzelnen Gelasse oder Stockwerke, zu schlecht abgegrenzten und leicht zu Streitigkeiten Anlaß gebenden Rechtsverhältnissen führen würde. Durch den S. 436 unter Nr. 4 gedachten Vorbehalt zu Gunsten der auf das sog. Herbergsrecht sich beziehenden partikulären Vorschriften wird etwaigen örtlichen Bedürfnissen genügt. Da nach der Vorschrift des ersten Absatzes die Stockwerkssuperfizies als zugelassen angesehen werden könnte, so wird im zweiten Absatze deren Zulässigkeit ausdrücklich verneint.

Gebäudetheile.

Ein superfiziarisches Recht, welches die Befugniß zum Haben von Pflanzungen auf fremdem Grund und Boden giebt, hat der Entwurf in Abweichung von dem preuß., österr., belg. und holländ. Rechte nicht zugelassen. Durch die Zulassung der Pflanzungssuperfizies würde die im volkswirthschaftlichen Interesse bei der unbeschränkten Dauer der Superfizies erforderliche strenge Begrenzung des möglichen Inhaltes dieses Rechtes aufgegeben werden, obgleich kein Bedürfniß einer solchen Erweiterung hervorgetreten ist. Die Pflanzungssuperfizies könnte außerdem wegen Fixirung der Kulturart schädlich wirken.

Pflanzungen

2. Wenn auch die Benutzung des fremden Grundstückes als Baugrund der Superfizies wesentlich ist, so können doch selbstverständlich mit der Superfizies Benutzungsrechte anderen Inhaltes, welche dem Superfiziare als solchem Vortheil oder Annehmlichkeit zu gewähren geeignet sind, als Grunddienstbarkeiten verbunden und kann auf diesem Wege der Inhalt des Erbbaurechtes erweitert werden; denn nach § 781 hat die Superfizies Grundstücksqualität, kann also auch herrschendes Grundstück sein.

Grunddienstbarkeiten.

3. Da das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist und unmittelbar das Grundstück trifft, so kann es nicht *an* einem Bruchtheile bestellt werden (§ 961 Abs. 2). Die Begründung oder Aufhebung *nach* Bruchtheilen (vergl. § 968) wird ebenso wie bei den Grunddienstbarkeiten als ausgeschlossen erscheinen.

Erbbaurecht an einem Bruchtheile.

---

[1]) Sächs. G. B. § 661; bayr. Entw. III, Art. 334.

4. Der Entwurf kennt nur vererbliche und veräußerliche Superfiziarrechte, weil dem praktischen Bedürfnisse genügt ist, wenn die Begründung solcher Rechte zugelassen wird. Hält man die Merkmale der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Superfiziarrechte nicht fest, so verwischt man die Grenze zwischen Superfiziarrechten und Dienstbarkeiten und ermöglicht Zwitterbildungen, an deren Behandlung sich viele Zweifel knüpfen würden. Daß Veräußerlichkeit und Vererblichkeit zum Wesen des Erbbaurechtes gehören, ist im Entwurfe ausgesprochen, weil sonst eine vertragsmäßige Beschränkung dieses Rechtes in Ansehung seiner Vererbung und Veräußerung für zulässig gehalten werden könnte. Die Zulässigkeit der Beifügung von auflösenden Bedingungen und Endterminen wird durch § 961 Abs. 3 nicht berührt. In Ansehung der Veräußerlichkeit ist zu vergleichen § 796.

Vererblichkeit und Veräußerlichkeit.

§ 962.

1. Die Vorschrift des ersten Absatzes fordert für die Begründung des Erbbaurechtes die Auflassungsform (§ 868). Für die Uebertragung des Erbbaurechtes ergiebt sich dieses Erforderniß nach § 781 Abs. 2 aus der Buchung des Erbbaurechtes auf einem besonderen Grundbuchblatte. Man kann aber für die Begründung nicht wohl geringere Erfordernisse aufstellen, als für die Uebertragung. Außerdem kommt in Betracht, daß die Begründung des Erbbaurechtes eine Veräußerung ist, welche der Veräußerung des Eigenthumes sehr nahe kommt.

Begründung des Erbbaurechtes. Auflassung.

2. Der Begründungsvertrag hat den Inhalt der eingeräumten Benutzungsbefugniß positiv vorzuschreiben. Der Inhalt des Erbbaurechtes ist nicht in gleicher Weise wie der Inhalt des Nießbrauches vom Gesetze dergestalt bestimmt, daß die Betheiligten nur über etwaige Einschränkungen des gesetzlichen Inhaltes sich zu einigen hätten. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht unter Umständen und je nach den Verhältnissen des zu belastenden Grundstückes zur Begründung des Rechtes und zur Eintragung desselben die akzeptirte Eintragungsbewilligung genüge, welche nur die Erklärung enthält, es werde von dem Eigenthümer für den anderen Theil die Eintragung eines oder des Erbbaurechtes bewilligt. Jedenfalls wird regelmäßig der Inhalt dieses Rechtes durch die vor dem Grundbuchamte abzugebenden Vertragserklärungen spezialisirt werden. Welche Anforderungen an die Spezialisirung zu stellen sind, erhellt aus den allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen, welche für rechtsgeschäftliche Erklärungen gelten (vergl. § 78 Abs. 1). Wird vor dem Grundbuchamte ein Vertrag geschlossen, welcher bei der Bestimmung des Inhaltes des zu begründenden Rechtes nicht schon durch die Bezeichnung des letzteren einen durch das Gesetz genau bestimmten Rechtsinhalt ergiebt, so ist die Lage des Grundbuchamtes eine etwas schwierigere als bei Begründung eines Nießbrauches oder auch einer Hypothek, bei welcher letzteren der nothwendige weitere Vertragsinhalt auf die Angabe des Geldbetrages der zu versichernden Forderung sich beschränkt. Die Kognition, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechtes falle und ob die Vertragserklärungen der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehren, ist dem Grund-

Bezeichnung des Rechtsinhaltes.

in der Auflassung.

buchamte nicht abzunehmen. Ein vordereitender Akt vor Gericht oder Notar, wenn man einen solchen verlangen wollte, würde eine besondere Bürgschaft für die Korrektheit der Vertragserklärungen nicht bieten und die Prüfung des Grundbuchamtes nicht ersparen, also ohne wesentlichen Nutzen sein. Da die vertragsmäßige Bestimmung des Inhaltes des Erbbaurechtes, welche zu Protokoll des Grundbuchamtes vorgetragen wird, sehr in das Einzelne gehen kann, so muß der Entwurf eine Erleichterung für die Grundbuchführung schaffen; in § 962 Abs. 2 Satz 2 wird gestattet, bei der Eintragung zur näheren Bezeichnung des Inhaltes des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen (vergl. auch §§ 969, 982, 1048, 1052, 1064). Eine Vorschrift, welche eine solche Bezugnahme zuläßt, hat einen materiellrechtlichen Karakter, weil sie diejenigen Bestimmungen, welche der Eintragung gerade in das Grundbuch rechtliche Wirkungen beilegen, modifizirt. Sie gehört deshalb in das Gesetzbuch und nicht in die Grundbuchordnung. Ob und unter welchen Voraussetzungen überreichte Anlagen als Theile des bei der Eintragung in Bezug genommenen grundbuchamtlichen Protokolles zu gelten haben (vergl. C. P. O. § 146 Abs. 3), ist nicht hier, sondern in der Grundbuchordnung zu bestimmen, da es sich insoweit um eine Verfahrensvorschrift handelt.

Im Grundbuche.

durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

Eintragung des Rechtes auf ein besonderes Grundbuchblatt.

3. Nach § 962 Abs. 2 Satz 1 hat die Eintragung sowohl auf dem Blatte des belasteten Grundstückes als auf einem für das Erbbaurecht bestimmten Grundbuchblatte zu erfolgen. Hieraus ergiebt sich, daß der Vertrag erst dann wirksam wird und das Erbbaurecht zur Existenz gelangt, wenn hier und dort die Eintragung stattgefunden hat. Man könnte einwenden, daß die Eintragung bei dem belasteten Grundstücke genügen müsse und daß die Anlegung des neuen Foliums nur nothwendig sei, damit der Erbbauberechtigte als eingetragener Berechtigter über sein Recht verfügen könne. Eine Verfrühung des Zeitpunktes der Vollendung des dinglichen Vertrages würde auf das Rangverhältniß von Belastungen, welche in der Zeit zwischen den beiden zur Begründung des Erbbaurechtes erforderlichen Eintragungen erfolgen, im Verhältnisse zum Erbbaurechte von Einfluß sein. Es erscheint indessen nicht angemessen, einen Zwischenzustand zuzulassen, in welchem das Erbbaurecht besteht, aber noch kein besonderes Blatt im Grundbuche erhalten hat. Eine praktische Gefährdung des Erwerbers in Folge Eintragung anderer Rechte auf das belastete Grundstück bei Verzögerung der Anlegung des besonderen Grundbuchblattes liegt nicht vor, da die beiden erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch in geschäftlichem unmittelbarem Zusammenhange stehen. Mit der Abschreibung einer Parzelle darf man die Eintragung des Erbbaurechtes bei dem belasteten Grundstücke nicht in allen Stücken vergleichen; denn die abgeschriebene Parzelle bewahrt ihren natürlichen Bestand, das Erbbaurecht dagegen hängt in seinem Bestande von Rechtsnormen ab. Es braucht daher hier nicht erörtert zu werden, welches Rechtsverhältniß eintritt, wenn eine Parzelle, welche abgetrennt wird und von einem Anderen veräußert werden soll, abgeschrieben, ein neues Folium für dieselbe aber noch nicht angelegt ist.

Bedingte und betagte Begründung.

4. Wenn man die Begründung des Erbbaurechtes in Ansehung der Auflassungsform mit der Uebertragung des Eigenthumes auf gleiche Linie stellt, so kann weiter in Frage kommen, ob nicht auch die Vorschriften über die

bedingte Auflassung (§§ 870, 871) für entsprechend anwendbar zu erklären seien. Der Entwurf sieht von der Aufnahme einer solchen Bestimmung ab. Es bleibt hiernach dahingestellt, ob die Analogie dazu führt, daß ebenso, wie suspensiv bedingtes oder betagtes, also noch nicht präsentes Eigenthum der Buchungsfähigkeit entbehrt, auch einem noch nicht präsenten Erbbaurechte die Buchungsfähigkeit zu bestreiten ist. Bei der großen Seltenheit derartig bedingter Begründungsverträge liegt ein Bedürfniß, die angedeutete Frage im Gesetze zu entscheiden, nicht vor. Die Vorschrift des § 871 Abs. 2 Satz 2, welche die Zwangsversteigerung des auflösend-bedingten oder betagten Eigenthumes beschränkt, beruht auf der Zweckmäßigkeitserwägung, daß Eigenthum, welches seiner Dauer nach unsicher oder beschränkt ist, ein wenig geeignetes Versteigerungsobjekt ist, einer Erwägung, welche bei einem auflösend-bedingt oder betagt begründeten Erbbaurechte nicht in gleicher Stärke zutrifft, weil auch das unbedingte Erbbaurecht der Aufhebung ausgesetzt bleibt, nämlich im Falle der Subhastation des Grundstückes wegen einer älteren Hypothek. Die Vorschrift in § 871 Abs. 3 bleibt außer Betracht, da in dem vorliegenden Falle dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes nicht ein Rückfallsrecht zusteht, sondern derselbe nur die Aussicht auf eine Konsolidation seines Eigenthumes bei Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermines hat, welche dem Begründungsvertrage beigefügt sind.

§ 963.

Untergang des Bauwerkes.

Der Entwurf sieht im Allgemeinen von der Aufstellung dispositiver Vorschriften ab, welche die Vertragserklärungen der Parteien in Ansehung des Inhaltes des zu begründenden Erbbaurechtes nach einzelnen Richtungen ergänzen. Eine gesetzliche Fixirung des Rechtsinhaltes des Erbbaurechtes würde voraussetzen, daß durch sie die Absichten der Parteien in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle getroffen würden und daß somit im Rechtsverkehre eine Uebereinstimmung über den dem Rechte zuzugestehenden Inhalt ersichtlich wäre. An einer solchen Uebereinstimmung fehlt es. Der Grund hierfür liegt darin, daß für den Inhalt des Erbbaurechtes sehr weit gezogene gesetzliche Schranken bestehen, welche die Feststellung eines Durchschnittsmaßes der Befugnisse des Erbbauberechtigten verhindern. Vornehmlich kommt in Betracht, daß das Erbbaurecht sowohl als zeitlich begrenztes Recht, welches vielleicht als Ersatz des dinglichen Miethrechtes benutzt wird, als auch als zeitlich unbegrenztes Recht bestellt werden kann, ferner daß dem Erbbauberechtigten bald nur die Benutzung eines Baugrundes zur Aufstellung eines Gebäudes, bald die Benutzung eines bereits errichteten Gebäudes überlassen wird.

Nur die Bestimmung läßt sich rechtfertigen, daß der Erbbauberechtigte, selbst wenn ihm das Eigenthum an der baulichen Anlage nicht zusteht, zur Wiedererrichtung derselben auch nach deren gänzlichen Untergange befugt ist, da nicht zu vermuthen ist, daß der Bestand des Erbbaurechtes von dem Eintritte eines zufälligen Umstandes habe abhängig gemacht werden sollen. Selbstverständlich erscheint, daß bei Zerfall des dem Eigenthümer des Grundstückes gehörigen Gebäudes das mobilisirte Material dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Superfiziars nicht entzogen wird.

§ 964.

Schutz des Erbbaurechtes.

Da der Erbbauberechtigte das Recht zur Inhabung des Bauwerkes hat, so sind nicht nur, wie bei den Grunddienstbarkeiten (§ 978), die Vorschriften über den negatorischen Anspruch, sondern auch die Vorschriften über die Vindikation eines Grundstückes in Ansehung des Schutzes des Erbbauberechtigten für entsprechend anwendbar erklärt. Das doppelte Vindikationsrecht einerseits des Eigenthümers und andererseits des Erbbauberechtigten führt zu keinem Widerspruche, weil der Eine nur Recht auf den Besitz, der Andere nur Recht auf die Inhabung hat und hiernach die Herausgabepflicht auf der einen und der anderen Seite sich gestaltet.

Die entsprechende Anwendbarkeit der allegirten Vorschriften kann schon aus § 781 abgeleitet werden, weil das Erbbaurecht ein Blatt im Grundbuche erhält. Doch erscheint es im praktischen Interesse zweckmäßig, dieselbe im Gesetze auszusprechen, zumal Gerechtigkeiten, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten, vorkommen können, für welche die Vorschriften über den Eigenthumsschutz, insbesondere die Vorschriften über die Vindikation nicht passen, weil dem Berechtigten kein Recht auf Inhabung zusteht, vielleicht auch die Gerechtigkeit überall keine sachenrechtliche ist.

§ 965.

Aufhebung des Erbbaurechtes durch Rechtsgeschäft.

Die Vorschriften des § 965 stimmen mit den Vorschriften der §§ 960, 977, 1015, 1048, 1061 überein; nur ist in Betracht zu ziehen, daß das Erbbaurecht, wenn es auch zusammen mit einem Grundstücke gebucht und zu einem einheitlichen Ganzen (§ 787 Abs. 2) verbunden werden kann, nicht als subjektiv-dingliches Recht vorkommt und deshalb stets nur unmittelbar, nicht aber, wie das Vorkaufsrecht, die Grunddienstbarkeit und die Reallast, mittelbar belastet sein kann, und daß die Aufhebungserklärung wegen der Eigenschaft des Erbbaurechtes als einer auf einem eigenem Blatte gebuchten Gerechtigkeit und der hieraus sich ergebenden Aehnlichkeit des Aufhebungsaktes mit einer Rückübertragung des Eigenthumes ebenso wie die zur Begründung erforderliche Erklärung *vor* und nicht blos *gegenüber* dem Grundbuchamte abzugeben ist. Im Prinzipe sind die Vorschriften des § 965 an früherer Stelle, Seite 460 bis 465, gerechtfertigt.

Daß die Vorschriften über Zueignung und Aufgebot §§ 872, 873 auf das Erbbaurecht trotz der Grundstücksqualität desselben nicht Anwendung finden können, das Erbbaurecht also nicht im Sinne von § 872 Abs. 1 derelinquirbar ist, ergiebt sich, ohne daß es der Aufnahme einer erklärenden Vorschrift bedarf, aus der zweifellosen Konsolidationslage des Eigenthümers und daraus, daß der Erbbauberechtigte nur Inhaber, nicht aber Besitzer des belasteten Grundstückes ist.

Siebenter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Vorbemerkungen.

1. Indem der Entwurf die Grunddienstbarkeiten, den Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Gattungsnamen „Dienstbarkeiten" bezeichnet und in den drei Titeln des vorliegenden Abschnittes behandelt, wird anerkannt, daß es einen die drei bezeichneten Arten von Rechten umfassenden Begriff der Dienstbarkeit gebe, daß also bei diesen Rechten ein gemeinsames Merkmal sich finden müsse und daß allgemeine Bestimmungen über Dienstbarkeiten denkbar seien. Der Entwurf definirt weder den Begriff der Dienstbarkeit, noch giebt er allgemeine Bestimmungen über diese Rechte. Das gemeinsame Merkmal würde darin zu finden sein, daß der Inhalt des Rechtes bei allen Dienstbarkeiten auf eine Benutzung der belasteten Sache geht und hierdurch von dem Inhalte der sonstigen begrenzten Rechte sich unterscheidet, von demjenigen des Erbbaurechtes, welches man als eine privilegirte persönliche Dienstbarkeit ansehen kann, allerdings nur dadurch, daß der Inhalt des Erbbaurechtes nur auf eine bestimmte und qualifizirte Art der Benutzung eines Grundstückes gehen kann. Man würde indessen den Begriff der Benutzung in einem weiten und nicht ganz korrekten Sinne nehmen müssen, wenn derselbe für alle Dienstbarkeiten passen soll. Unter Nutzungen werden nach § 793 Früchte und die mit dem Gebrauche verbundenen Vortheile verstanden. Der Ausdruck „Benutzung" wird in entsprechendem Sinne zu verstehen sein. Man müßte den Begriff des Gebrauches in einem erweiterten Sinne nehmen, wenn man auch als Gebrauch bezeichnen wollte das als Inhalt einer Grunddienstbarkeit und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit jedenfalls zuzulassende Recht darauf, daß auf dem belasteten Grundstücke Handlungen unterlassen werden müssen, zu deren Vornahme der Eigenthümer in Folge seines Eigenthumes und insbesondere in Folge der ihm in den §§ 849—865 beigelegten, sein Recht erweiternden Befugnisse berechtigt ist. Die allgemeine Bezeichnung als Benutzungsrecht oder als Nutzungsrecht ist deshalb für die Definition des Begriffes der Dienstbarkeit kaum zu verwerthen. Die Schuldefinition, daß vermöge der Dienstbarkeit der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen habe, ist ebensowenig korrekt und

Begriff.

erschöpfend. Inkorrekt ist schon die Abstellung des Begriffes eines dinglichen Rechtes auf eine Verpflichtung des Eigenthümers der Sache. Gegen die Aufstellung eines Gattungsbegriffes mit Anknüpfung allgemeiner Bestimmungen spricht auch noch der Umstand, daß zwischen den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einerseits und dem Nießbrauche andererseits ein tiefgehender Unterschied besteht, insofern der Inhalt des Nießbrauches gesetzlich bestimmt und nur beschränkbar ist, während der Inhalt der Dienstbarkeiten anderer Art, welche nur an Grundstücken stattfinden können, durch das begründende Rechtsgeschäft bestimmt wird.

Die modernen Gesetzgebungen verfahren verschieden. Im Anschlusse an die schulmäßige Behandlung der Dienstbarkeitslehre in der Wissenschaft wird im bayr. L. R., im sächs. und im österr. G. B. eine Definition der Dienstbarkeiten mit allgemeinen Bestimmungen gegeben[1]). Das preuß. A. L. R. I, 21, 22 und der franz. code civil l. II tit. 3, 4 geben weder eine solche Definition noch allgemeine Bestimmungen. Den letzteren Gesetzgebungen folgt der Entwurf.

Allgemeine Vorschriften.

Bei der Aufnahme von allgemeinen Bestimmungen würde die Anforderung zu stellen sein, einerseits, daß dieselben für alle Arten von Dienstbarkeiten passen und aus einer den Dienstbarkeiten gemeinsamen Eigenthümlichkeit sich ableiten, und andererseits, daß sie nicht über die Dienstbarkeiten hinausgreifen und für Rechte an Grundstücken oder an beweglichen Sachen überhaupt gelten. Prüft man die in den Entwurf aufgenommenen Vorschriften, so würde nur die Vorschrift des § 973, welche übrigens auch das Erbbaurecht berücksichtigt, einigermaßen diesen Anforderungen genügen. Die Vorschriften über die Begründung, über die Aufhebung und über den Schutz der Dienstbarkeiten beruhen auf allgemeineren, auch für andere Rechte an Sachen (mit einigen Abweichungen bei der Hypothek und dem Faustpfandrechte) zur Geltung gebrachten Prinzipien, wenngleich der Entwurf, insbesondere was die Aufhebung durch Rechtsgeschäft und den Schutz betrifft, nicht allgemeine Vorschriften gegeben, sondern bei den einzelnen Rechten das Erforderliche bestimmt hat und dieses Verfahren deshalb auch hier beibehalten muß. Im Uebrigen finden sich unter den Vorschriften des siebenten Abschnittes kaum solche, welche gleichmäßig für alle Dienstbarkeiten und nur für Dienstbarkeiten gelten. Selbst das Prinzip der schonenden Ausübung (§ 970) gelangt bei dem Nießbrauche vermöge der Legalobligation des Nießbrauchers zu einem anderen Ausdrucke, als bei den sonstigen Servituten.

2. Welchen Vorschriften des gegenwärtigen Abschnittes ein absoluter Karakter beiwohne, hat sich hier, wie überall, aus dem Inhalte der Vorschriften zu ergeben, ohne daß die absolute Natur der fraglichen Vorschriften im Gesetze zum besonderen Ausdrucke zu bringen ist. Insbesondere wird nicht verkannt werden, daß denjenigen Vorschriften, welche auf eine Beschränkung des Inhaltes der Dienstbarkeiten abzielen, ein absoluter Karakter beiwohnt.

Durch Gesetz begründete Dienstbarkeiten.

3. Soweit durch das Gesetz begründete Dienstbarkeiten vorkommen, muß aus dem dieselben begründenden Gesetze sich ergeben, inwieweit die Vorschriften

[1]) Bayr. L. R. II, 7; sächs. G. B. Th. II Abth. 1; österr. G. B. Th. II, Hptst. 7 (vergl. auch bayr. Entw. III Hptst. 4, hess. Entw. II, 4 Abth. 1).

über die gleichartigen durch Rechtsgeschäft begründeten Dienstbarkeiten Anwendung zu finden haben. Bei den Vorschriften über Inhalt und Begrenzung des Eigenthumes (§§ 850—865), welche in einem gewissen Sinne auch Rechte auf Benutzung fremder Grundstücke gewähren, hat der Entwurf auf die Vorschriften über die Dienstbarkeiten überall nicht Bezug genommen. Dagegen ist in §§ 1292, 1520 bestimmt, daß auf die eheliche und elterliche Nutznießung die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung finden, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt. Soweit die Vorbehalte des Einführungsgesetzes zu Gunsten der Landesgesetzgebungen reichen, ist es Sache dieser Gesetzgebungen, bei Bestimmungen gesetzlicher Dienstbarkeiten mehr oder weniger an die vorliegenden Vorschriften, was den Inhalt der Rechte betrifft, sich anzuschließen. Die Bestimmung, wie eine Dienstbarkeit im Enteignungsverfahren oder bei den agrarischen Prozeduren kraft öffentlichen Rechtsaktes zur Entstehung gelangt, fällt den Landesgesetzgebungen soweit anheim, als denselben im Einführungsgesetze hierfür Raum gelassen ist.

Rechtsbesitz.

4. Die Frage des Rechtsbesitzes bleibt für den Entwurf nur in Ansehung der Dienstbarkeiten offen. Bei Forderungsrechten, Reallasten, Vorkaufsrecht und Hypotheken ist ein dem Sachbesitze einigermaßen ähnlicher Rechtsbesitz durch die Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen.

Ein Rechtsbesitz kann bei den Dienstbarkeiten in einer doppelten Richtung in Frage kommen. Erstlich als eine im Gesetze ihrem thatsächlichen Inhalte nach näher zu bestimmende Voraussetzung für den Eintritt von Rechtsnormen, welche auf die Begründung und Aufhebung von Rechten an der dienenden Sache oder auch wohl auf die Beweislage sich beziehen. Da mit dem geltenden Rechte der Gedanke an eine Ersitzung des Nießbrauches von vornherein abgewiesen werden muß und ebensowenig ein Grund vorliegt, die Beweispflichten des Servitutberechtigten mit Rücksicht auf einen Rechtsbesitz desselben abweichend von den allgemeinen Grundsätzen (§ 193) zu bestimmen, so bleibt nur die Frage der Ersitzung und der Aufhebung durch non usus bezw. usucapio libertatis bei den Grunddienstbarkeiten und bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Wenngleich im geltenden Rechte die Servitutenersitzung noch in weiterem Umfange vorkommt[1]), so glaubt doch der Entwurf den mit dem Eintragungsprinzipe verbundenen Vortheil nicht durch die Zulassung der Ersitzung in weitem Umfange wieder aufgeben zu sollen. Die Rücksichtnahme auf die zur Zeit der Einführung des Gesetzbuches bestehenden nicht gebuchten Servituten erheischt nicht eine Zulassung der Ersitzung für die Zukunft und verlangt nur schonende Uebergangsbestimmungen bei Unterwerfung der nicht gebuchten Servituten unter den Eintragungszwang. Will man den mit dem Eintragungsprinzipe verbundenen Vortheil wahren, so bleibt auch für die Institute des non usus und der usucapio libertatis kein Raum; denn nach § 847 könnte man an eine gegen den Dienstbarkeitsberechtigten sich richtende Präskription nur in

[1]) Preuß. A. L. R. I, 22 §§ 13 ff.; bayr. L. R. II, 7 § 5, II, 9 § 2; code civil Art. 690, 691; sächs. G. B. §§ 577 ff.; braunschw. Ges. v. 8. März 1878 § 15. Vergl. Lang, württemb. Sachenr. § 74, Mittermaier, d. Priv. R. Bd. 1 § 163, Gerber, d. Priv. R. § 101 Note 7 unter 1.

den Fällen denken, in denen die Dienstbarkeit zu Unrecht gelöscht ist. Es liegt kein Bedürfniß vor, in solchen Fällen die Wirkung der Verjährung des dinglichen Anspruches zu steigern und auf der anderen Seite eine erwerbende Verjährung eintreten zu lassen, wie denn auch für den entsprechenden Fall der Verjährung des Eigenthumsanspruches von dem Entwurfe ein Besonderes nicht bestimmt wird.

Zweitens erhebt sich die Frage, ob der Thatbestand des Rechtsbesitzes oder vielmehr eines der Sachinhabung zu vergleichenden Ausübungszustandes bei den Dienstbarkeiten um deswillen festzuhalten ist, damit an denselben ein possessorischer Schutz geknüpft werde. Da der Entwurf die Inhabung zur Grundlage des possessorischen Schutzes gemacht hat, so ist für den Fall des Erbbaurechtes und des Nießbrauches gesorgt. Es bleibt mithin nur das Bedürfniß eines possessorischen Schutzes bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in Frage; dieses Bedürfniß wird bei § 979 erörtert werden.

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

§ 966.

Begründungsvertrag.

1. Die Erfordernisse des Vertrages, durch welche eine Grunddienstbarkeit begründet wird, werden in §§ 828 bis 833 bestimmt. Das für die Eigenthumsübertragung vorgeschriebene Erforderniß des Abschlusses des Vertrages vor dem Grundbuchamte ist nicht auch aufzustellen für den Fall der Begründung von Servituten, da das Rechtsgeschäft der Servitutbestellung minder wichtig ist und dessen strengere Formalisirung unnöthig den Geschäftsverkehr erschweren würde.

Für obligatorische Veräußerungsverträge, durch welche ein Grundstück von einem anderen Grundstücke, mit welchem dasselbe bisher wirthschaftlich verbunden war, abveräußert wird, kommt die Auslegungsregel vor[1]), daß, wenn bleibende und erkennbare Anlagen vorhanden sind, durch welche das zurückbehaltene Grundstück von dem abveräußerten Grundstücke aus benutzt wird, die Bestellung einer Grunddienstbarkeit entsprechenden Inhaltes als mitversprochen anzunehmen ist. Der Entwurf hält die Aufnahme einer solchen Auslegungsregel, welche außerdem nicht in das Sachenrecht gehören würde, für entbehrlich.

Was die Auslegung des dinglichen Begründungsvertrages anbelangt, so wird man, wenn es sich auch um einen streng formalisirten Vertrag handelt, doch nach der Regel des § 73 auch außerhalb der formgerechten Willenserklärung liegendes Auslegungsmaterial behufs Ermittelung des Inhaltes des

---

[1]) Sächs. G. B. § 575; bayr. Entw. III Art. 307.

die Begründung der Grunddienstbarkeit enthaltenden, aus dem Grundbuche ersichtlichen Rechtsgeschäftes benutzen dürfen.

Bestellung durch Miteigenthümer

Der Abschluß des dinglichen Vertrages durch Miteigenthümer des zu belastenden Grundstückes hat nach § 763 durch sämmtliche Miteigenthümer zu geschehen, wie auch sämmtliche Miteigenthümer des Grundstückes, für welche die Dienstbarkeit erworben wird, mitzuwirken haben, da bestimmt ist, daß der dingliche Vertrag von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes abzuschließen ist. Ueber das zeitliche Auseinanderfallen der Einzelerklärungen vergl. S. 436 unter Nr. 5.

Begriff und Inhalt.

2. Aus den in den Vorbemerkungen zu diesem Abschnitte unter Ziff. 1 angegebenen Gründen ist die Bezeichnung des Grunddienstbarkeitsrechtes als eines partiellen Benutzungsrechtes nicht erschöpfend. Es ist deshalb hervorgehoben, daß die Einschränkung des Eigenthumes des dienenden Grundstückes und das entsprechende Recht auf der anderen Seite die nachbarrechtlichen Befugnisse betreffen oder dahin gehen können, daß etwas zu unterlassen ist, was kraft des Eigenthumes am herrschenden Grundstücke an sich erlaubt sein würde. Der Umfang der Eigenthumsbeschränkung und des beschränkenden Rechtes wird im Einzelnen durch den Privatwillen bestimmt. Daß eine Grunddienstbarkeit nicht den Eigenthümer des dienenden Grundstückes zu einer Leistung verpflichten kann, ergiebt sich aus der gesetzlichen Definition von selbst, ohne daß eine Einschränkung nöthig ist. Eine Maximalgrenze für den Umfang der dem Berechtigten einzuräumenden Befugnisse, welche verhüten soll, daß dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes ein Theil desselben vollständig und dauernd entzogen wird, die Servitutbestellung mithin einer Abveräußerung gleichkommt, braucht nicht bestimmt zu werden[1]); denn nach dem Begriffe der Grunddienstbarkeit unterscheidet sich deren Begründung von selbst von der Eigenthumsübertragung oder der Bestellung eines Nießbrauches.

Kollision mit dem Eigenth

Da, so weit die Servitut reicht, das Eigenthum des dienenden Grundstückes beschränkt wird, so ist eine Kollision zwischen Servitut auf der einen und Eigenthum auf der anderen Seite ausgeschlossen. Von einem Vorzuge des Servitutberechtigten gegenüber dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes in Ansehung der servitutmäßigen Benutzung ist nicht zu reden, da möglicher Weise, z. B. bei der Mithut, eine gemeinschaftliche Benutzung stattfinden soll. So weit die Servitut nicht reicht, bleibt selbstverständlich, ohne daß es einer Bestimmung bedarf[2]), die gesetzliche und rechtliche Verfügungsbefugniß des Eigenthümers frei.

Bestellung einer Grundd. durch den resolutiv Berechtigten.

Hängt das Eigenthum des Bestellers von einer auflösenden Bedingung oder von einem Endtermine ab, so steht dies nach § 871 der Begründung einer Dienstbarkeit durch denselben nicht entgegen. Die Befugniß des Erbbauberechtigten zur Bestellung von Dienstbarkeiten folgt aus § 781 Abs. 2. Dem Nießbraucher gestattet der Entwurf nicht die Begründung von Grunddienstbarkeiten auf die Dauer seines Rechtes, da der Nießbraucher das Grundstück

---

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 540, preuß. Edikt vom 14. September 1811 § 27, preuß. A. L. R I, 22 §§ 80, 171, 213.

[2]) Sächs. G. B. § 527.

nicht belasten kann und ein praktisches Bedürfniß nicht vorliegt, ein Rechtsgeschäft des Nießbrauchers zuzulassen, in welchem derselbe sein Recht in solcher Weise belastet[1]).

an dem eigenen Grundstücke;

Der Begründung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines eigenen Grundstückes an einem anderen eigenen Grundstücke durch den Eigenthümer beider Grundstücke steht der Umstand hindernd im Wege, daß die Möglichkeit eines Vertrages mit sich selbst in diesem Falle nicht anzunehmen ist. Die Zulassung eines gleichwirksamen einseitigen Stiftungsaktes findet sich nicht im geltenden Rechte und wird auch durch ein praktisches Bedürfniß nicht erfordert. Ein solches liegt auch in dem Falle nicht vor, wenn der Eigenthümer einer von ihm später zu bestellenden Grunddienstbarkeit den Vorrang vor einer vorher zu bestellenden Hypothek wahren will, da der verfolgte Zweck durch die Art und Weise der Hypothekbestellung sich erreichen läßt.

zu Gunsten einer selbständigen Berechtigung.

3. Daß zu Gunsten einer Berechtigung, welche ein eigenes Blatt im Grundbuche erhält, eine Grunddienstbarkeit bestellt werden kann, ergiebt sich aus § 781 Abs. 2.

Arten.

4. Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen Feld- und Hausservituten[2]) (servitutes rusticae et urbanae), ebensowenig zwischen servitutes continuae und discontinuae, und servitutes apparentes und non apparentes, weil an die betreffenden Unterscheidungsmerkmale rechtliche Folgen nicht geknüpft werden.

5. Da der Privatautonomie die Spezialisirung des Servituteninhaltes überlassen bleibt, so könnte es sich nur darum handeln, ob Servituten verschiedenen Inhaltes, Gebäude-, Wege-, Wasser-, Hütungs- u. s. w. Servituten zu unterscheiden und Auslegungsregeln bezw. Vorschriften dispositiver Natur zu geben sind, um die Lösung der der Privatautonomie gestellten Aufgabe zu erleichtern. Im preuß. A. L. R., im sächs. G. B., im bayr. L. R., im österr. G. B., im niederl. G. B., im ital. G. B. und in anderen Gesetzgebungen findet sich eine große Zahl derartiger Vorschriften. Der code civil Art. 686, welchem der bayr. und der hess. Entw. folgen, überläßt die Spezialisirung des Servituteninhaltes lediglich der Privatautonomie. Der Entwurf hat sich diesem Vorgange angeschlossen, da eine passende Ergänzung und Auslegung des Vertragswillens von lokalen Verschiedenheiten beeinflußt wird. Ob derartige Bestimmungen den Landesgesetzgebungen vorzubehalten seien, ist in dem Einführungsgesetze zu entscheiden.

Schädliche Servituten.

6. Die Bestimmung des Servituteninhaltes durch die Privatwillkür innerhalb weit gezogener Grenzen verbunden mit der unbegrenzten Dauer der Servitutenbelastung können zu volkswirthschaftlichen Nachtheilen führen und haben in vielen Gebieten den Erlaß repressiver Vorschriften veranlaßt, welche sich besonders gegen die Wald- und Weideservituten richten. Da es sich um eine Frage wirthschaftlicher Natur handelt, bei deren Lösung die Verschiedenheit der lokalen Verhältnisse und Bedürfnisse zu berücksichtigen ist, so greift der Entwurf nicht ein; für das Einführungsgesetz ist die Bestimmung in Aussicht genommen, daß die Landesgesetze unberührt bleiben, welche die Begründung

[1]) Vergl. bayr. L. R. II, 7 § 4.

[2]) Code civil Art. 687; österr. G. B. § 474.

gewisser Grunddienstbarkeiten für unzulässig erklären oder beschränken oder welche die Aufhebung der Grunddienstbarkeiten im Wege der Ablösung der Gemeinheitstheilung, der Zusammenlegung 2c. regeln.

Gegenleistungspflichten.

7. Die Verknüpfung einer Gegenleistungspflicht mit der Servitut, so daß diese Verbindlichkeit auf alle Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten übergeht, ist durch das Wesen des Dienstbarkeitsrechtes als eines dinglichen Rechtes ausgeschlossen. Nur im Wege der Bedingung kann eine ähnliche Verknüpfung erreicht werden. Dies braucht nicht bestimmt zu werden. Uebernimmt der Berechtigte gegen Einräumung der Servitut eine Reallast auf sein Grundstück, so fallen Reallast und Dienstbarkeit auseinander.

§ 967.

Begrenzung des Inhaltes.

Die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung von Grunddienstbarkeiten findet ihr gesetzgeberisches Motiv in dem wirthschaftlichen Zwecke der zu begründenden Rechte und ist deshalb dergestalt durch absolute Vorschrift einzuschränken, daß sie nur soweit reicht, als der wirthschaftliche Zweck der Grunddienstbarkeiten verlangt. Man redet von dem Erfordernisse einer causa perpetua auf Seiten des Servitutberechtigten und auf Seiten des Servitutverpflichteten. Damit wird das Bedürfniß auf der einen und die Fähigkeit, dasselbe zu befriedigen, auf der anderen Seite bezeichnet.

Bedürfniß.

Das Bedürfniß muß eine objektive Grundlage in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes finden. Es möchte nicht ganz korrekt erscheinen, das herrschende Grundstück gewissermaßen zu personifiziren und von utilitas fundi oder von Bedürfniß des Grundstückes zu reden[1]). Der bayr. Entw. III Art. 280 verlangt, daß die Servitut jedem Besitzer der herrschenden Liegenschaft mit Rücksicht auf die Benutzung der letzteren Vortheil oder Annehmlichkeit zu gewähren geeignet sei. Diese Ausdrucksweise ist zwar insofern richtiger, als sie nicht verkennt, daß man ein Bedürfniß nur einer Person zuschreiben kann; derselben steht indessen das Bedenken entgegen, daß sie die zu enge Deutung zu gestatten scheint, zum Vortheile eines auf dem herrschenden Grundstücke eingerichteten oder einzurichtenden Gewerbebetriebes könne eine Dienstbarkeit nicht bestellt werden. Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis schwankt über die Tragweite der Zweckbegrenzung. In folgenden Richtungen beabsichtigt der Entwurf durch seine Fassung Zweifel abzuschneiden und einer weniger engen Auffassung Raum zu geben:

Annehmlichkeit.

1. Neben der Gewährung von Vortheil wird mit dem bayr. Entw. III Art. 280 und dem hess. Entw. II, 4 Art. 62 auch der Gewährung von Annehmlichkeit gedacht.

Benutzung.

2. Die Art der Benutzung, welche durch die Servitut gefördert werden soll, wird nicht begrenzt. Im gemeinen Rechte denkt man zunächst an die landwirthschaftliche Benutzung der Feldgrundstücke und an die Benutzung der

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 22 § 12; code civil Art. 637; sächs. G. B. §§ 535, 537; hess. Entw. II, 4 Art. 61, 69; niederl. G. B. Art. 721; österr. G. B. § 473; ital. G. B. Art. 531.

Gebäude zum Wohnen. Auch diese Arten der Benutzung und die an dieselben sich knüpfenden Bedürfnisse setzen eine durch Menschenwerk geschaffene Einrichtung des herrschenden Grundstückes voraus und unterscheiden sich von anderen Arten der Benutzung und den denselben entsprechenden Einrichtungen nur in Ansehung der Wahrscheinlichkeit einer längeren Dauer. Dieser gradweise Unterschied kann indessen nicht wohl entscheidend sein. Die Benutzung von Mühlen, Fabriken, Krankenhäusern, Schulen u. s. w. bringt ihre besonderen Bedürfnisse mit sich; die Befriedigung dieser Bedürfnisse durch Servitutbestellung ist nicht auszuschließen[1]).

Künftiger Zweck.

3. Der Bestand der Servitut ist nicht von dem gegenwärtigen Bestande der Einrichtung, welche die besondere Art der zu befördernden Benutzung mit sich bringt, abhängig zu machen. Auch für eine erst künftig zu errichtende Fabrik kann eine Servitut bestellt werden, und mit der Zerstörung der Fabrik wird die Servitut nicht aufgehoben. Nur bleibt der Zweck für die Ausübung des Rechtes maßgebend und eine nicht zweckgemäße Ausübung unzulässig.

Causa perpetua.

4. Was das Erforderniß der causa perpetua auf Seiten des dienenden Grundstückes anbelangt, so hat dasselbe keine positiv rechtliche Bedeutung und kommt ebensowenig wie das Erforderniß der Vizinität in den modernen Gesetzgebungen vor. Wird das für das herrschende Grundstück auszubeutende Thonlager vollständig abgebaut, so ist die Servitut inhaltslos geworden, und ebenso inhaltslos würde sie sein, wenn die Entfernung der beiden Grundstücke die Möglichkeit eines Vortheiles oder einer Annehmlichkeit für das herrschende Grundstück ausschlösse. Aber nur die dauernde thatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung erledigt die Servitut. Eine denkbarer Weise überwindliche oder vorübergehende rechtliche oder thatsächliche Hinderung, z. B. wenn die Zwischenlieger den Zugang zu dem zu benutzenden Wege nicht gestatten, oder wenn ein dazwischen liegender großer Fluß Schwierigkeiten bereitet, bleibt ohne Einfluß für den Bestand der Servitut.

Begrenzung des rechtlichen Bestandes.

5. In dem zweiten Absatze des § 967 ist ausgesprochen, daß über die im ersten Absatze gezogene Grenze hinaus die Servitut rechtlich nicht besteht. Das sächs. G. B. § 537 schneidet nur die Ausübung ab, insoweit der Inhalt der Grunddienstbarkeit die gesetzliche Grenze überschreitet. Es ist aber richtiger, den rechtlichen Bestand zu verneinen, da alsdann klar wird, daß nach § 843 die Berichtigung des Grundbuches verlangt werden kann.

§ 968.

Untheilbarkeit.

Der Entwurf glaubt zwar, das Prinzip der Untheilbarkeit nicht unmittelbar[2]), aber doch eine wichtige Konsequenz desselben[3]) aussprechen zu sollen, welche einen Rückschluß auf das Prinzip gestattet. Daß die Grunddienstbarkeit nicht an einem Bruchtheile bestellt werden kann (vergl. § 361 Abs. 2), ergiebt sich aus dem Inhalte derselben.

---

[1]) Zu vergl. Seuffert's Arch. 5, 142; 6, 7; 8, 17; 22, 107; 25, 220.

[2]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 288, 289, hess. Entw. II, 4 Art. 60, 70, 71.

[3]) Sächs. G. B. § 538 Satz 2.

§ 969.

Art der Eintragung

Die Vorschrift stimmt mit der Vorschrift § 962 Abs. 2 Satz 2 überein und ist bei dieser früheren Vorschrift näher begründet. Bei Grunddienstbarkeiten trifft das Bedürfniß einer Erleichterung der Grundbuchführung in noch höherem Maße zu, als bei dem Erbbaurechte.

§ 970.

Schonende Ausübung.

Vielleicht läßt sich die Beschränkung des Servitutberechtigten auf eine solche Art der Ausübung seines Rechtes, welche die Interessen des Eigenthümers des dienenden Grundstückes thunlichst schont, aus der Begrenzung des Rechtsinhaltes mit Rücksicht auf Zweck und Bedürfniß schon ableiten. Die Klarheit des Gesetzes würde indessen leiden, wenn jene Beschränkung nicht zum besonderen Ausdrucke gelangte[1]). Der zweite Satz des § 970 enthält eine Erweiterung der Vorschrift des ersten Absatzes für den besonderen Fall, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch das Halten von Anlagen vermittelt wird[2]). Das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten wird durch die Auferlegung einer Legalobligation begrenzt. Hält der Berechtigte Anlagen in nicht ordnungsmäßigem Zustande, so verletzt er das Eigenthum des Dienstbarkeitsverpflichteten. Nicht nur derjenige Berechtigte, welcher die Anlage hat verfallen lassen, sondern auch jeder Einzelnachfolger haftet dem negatorischen Anspruche auf Aufhebung des das Eigenthum beeinträchtigenden Zustandes. Der Anspruch auf Schadensersatz wird, wie überhaupt im Falle der negatorischen Klage, durch Darlegung einer schuldvollen Verletzung der Legalobligation besonders zu begründen sein.

Aus der Bestimmung, daß der Servitutberechtigte das Interesse des Eigenthümers des dienenden Grundstückes thunlichst zu schonen habe, folgt von selbst, daß der Servitutberechtigte auch in gleicher Weise auf die Interessen solcher Personen Rücksicht zu nehmen hat, welche von dem Eigenthümer Rechte ableiten, denen die Grunddienstbarkeit im Range vorgeht.

§ 971.

Unterhaltungspflicht.

1. Für das gemeine Recht, dessen Quellen nur bei der servitus oneris ferendi die Möglichkeit einer Belastung des dienenden Grundstückes mit einer Unterhaltungspflicht in Ansehung einer Dienstbarkeitsanlage erwähnen, kann bezweifelt werden, ob allgemein eine solche Belastung des dienenden Grundstückes zulässig sei. In der preuß. und franz. Gesetzgebung ist die Zulässigkeit angenommen[3]). Der Entwurf folgt im ersten Absatze des § 971 dieser Ver-

---

[1]) Sächs. G. B. § 524; bayr. Entw. III Art. 223, hess. Entw. II, 4 Art. 6. Vergl. preuß. A. L. R. I, 22 §§ 32—34, 60, 80, 241 ff.

[2]) Vergl. sächs. G. B. § 555, österr. G. B. § 491, ital. G. B. Art. 642, bayr. Entw. III Art. 286, hess. Entw. II, 4 Art. 72, Seuffert's Arch. 6, 7.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 22 §§ 30, 35, 36; code civil Art. 698. Vergl. bayr. Entw. III Art. 286.

allgemeinerung des römischrechtlichen Satzes. Der gesetzgeberische Grund für die allgemeine Zulassung der Belastung des dienenden Grundstückes mit einer Unterhaltungspflicht trifft in Ansehung aller mittels einer Anlage auszuübenden Dienstbarkeiten zu.

Bauliche Anlage.

2. Während die Vorschrift des ersten Absatzes die Zulässigkeit eines qualifizirten Begründungsvertrages bestimmt, ist die Vorschrift des zweiten Absatzes dispositiver Natur; sie läßt die Qualifikation auch ohne eine auf dieselbe gerichtete Erklärung eintreten, wenn die Grunddienstbarkeit in dem Rechte besteht, auf einer baulichen Anlage des dienenden Grundstückes eine bauliche Anlage zu halten.

Die römische Vorschrift über die Unterhaltungspflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstückes bei der servitus oneris ferendi wird auf alle thatsächlich gleichartigen Fälle ausgedehnt.

Karakter der Unterhaltungslast.

3. Wenn auch die Uebernahme der Unterhaltungslast nur als eine Qualifikation der Servitutbegründung und die Unterhaltungslast selbst nur als ein akzessorisches Rechtsverhältniß anzusehen ist, welches lediglich dem Zwecke der Servitut dient und dessen rechtlicher Bestand nach allen Richtungen von dem Bestande der Servitut abhängt, so bleibt doch die Belastung mit der Unterhaltungspflicht von der Servitutbelästung zu unterscheiden. Der Anspruch des Servitutberechtigten auf Erfüllung der Unterhaltungspflicht ist ein wesentlich andersartiger als dessen Anspruch aus der Servitut. Es würde deshalb eine Lücke sich ergeben, wenn es an einer Vorschrift über die Beurtheilung der Unterhaltungspflicht fehlte. Die Unterhaltungslast unterscheidet sich von der Reallast durch ihre Verknüpfung mit der Servitut. Dieser Unterschied hindert ebenso wie in den Fällen der §§ 858, 863 nicht die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Reallasten auf die Unterhaltungslast, welche wegen der im Uebrigen stattfindenden Aehnlichkeit der Rechtsverhältnisse gerechtfertigt ist. Der in Ansehung der Einschränkung und Ablösung der Reallasten in das Einführungsgesetz aufzunehmende Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze hat auf diese besondere Art reallastartiger Rechte keine Beziehung.

Gemeinschaftliche Anlagen

4. In einigen neueren Gesetzgebungen finden sich Vorschriften über eine Vertheilung der Unterhaltungslast für den Fall, daß eine Anlage, welche zur Ausübung der Grunddienstbarkeit dient, zugleich von dem Eigenthümer zu benutzen ist[2]). Der Entwurf bringt keine derartige Vorschriften. Eine gegenseitige Beitragspflicht kann nur als Folge eines Schuldverhältnisses, insbesondere einer vertragsmäßigen Gemeinschaft, eintreten und ist deshalb hier nicht zu regeln. Eine dingliche Regelung bleibt in der Weise denkbar, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes eine reallastartige, beschränkte Unterhaltungspflicht auf sein Grundstück übernimmt und daß dem Berechtigten die Leistung von Beiträgen als Bedingung des ihm eingeräumten Rechtes gesetzt wird.

---

[2]) Preuß. A. L. R. I, 22 § 36; österr. G. B. § 483; zür. G. B. § 716; ital. G. B. Art. 641. Vergl. bayr. Entw. III Art. 287, hess. Entw. II, 4 Art. 76 Abs. 2.

§ 972.

Verlegung des Ausübungsortes.

Die Pflicht des Berechtigten zur schonenden Ausübung seines Rechtes ist dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes nur dann von Nutzen, wenn die Servitut auf verschiedene Art und Weise ausgeübt werden kann und dem Berechtigten die Wahl der Art und Weise der Ausübung zusteht. Ist eine bestimmte Art und Weise der Ausübung der Dienstbarkeit in dem Begründungsvertrage vorgeschrieben, so kann kein Theil von dem anderen Theile eine abweichende Art der Ausübung verlangen, mag auch eine solche Abweichung ohne jede Benachtheiligung für den anderen Theil sein. Ist insbesondere der Ort der Ausübung fixirt, so kann der Eigenthümer des dienenden Grundstückes von dem Servitutberechtigten nicht nach § 970 eine schonende Rücksicht dahin verlangen, daß letzterer, wenn diese Art der Ausübung durch Zwischenereignisse für den ersteren besonders beschwerend geworden ist, in eine andere ihm nicht nachtheilige örtliche Fixirung der Ausübung willige. In Fällen der letzteren Art ist die gemeinrechtliche Praxis[1]) und sind die modernen Gesetzgebungen[2]) geneigt, weiter zu gehen. Es ist nicht zu verkennen, daß man alsdann zu Bestimmungen gelangt, welche nicht, wie die Vorschrift des § 970, den Inhalt des Dienstbarkeitsrechtes näher bestimmen und begrenzen, sondern durch welche dem Berechtigten das Surrogat einer Dienstbarkeit anderen Inhaltes aufgedrängt wird. Es liegt also der Fall einer zivilrechtlichen Zwangsenteignung, wie in den Fällen der §§ 857, 863, vor. Gerechtfertigt wird eine solche besondere Art der Servitutablösung durch ihre volkswirthschaftliche Nützlichkeit; deshalb ist die Vorschrift, welche dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes die Befugniß giebt, eine Verlegung des Ausübungsortes zu verlangen, absoluter Natur (§ 972 Satz 2).

Voraussetzung.

Voraussetzung der Rechtsnorm ist, daß die besondere Beschwerlichkeit, welche aus der Fixirung des Ausübungsortes sich ergiebt, in Folge einer Veränderung der Umstände eingetreten ist und nicht etwa von Anfang an vorgelegen hat. Weiter wird die gesetzliche Begünstigung nicht, wie in den Fällen des Nothweges und der Grenzüberschreitung bei Errichtung eines Gebäudes, davon abhängig gemacht, daß die Erschwerung der Ausübung weder von dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes noch von dessen Rechtsvorgänger vorsätzlich oder durch Fahrlässigkeit herbeigeführt sein dürfe; denn durch eine solche Beschränkung würde die vorgeschlagene Bestimmung einen großen Theil ihrer praktischen Bedeutung verlieren, da vielleicht in den meisten Fällen die Veränderung auf eine absichtlich unternommene Handlung des Eigenthümers sich zurückführen lassen wird. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes verlangen kann, daß auf seine Kosten ein anderer für den Berechtigten ebenso geeigneter Ausübungsort festgestellt werde. Es muß also eine für den Berechtigten unnachtheilige Verlegung möglich sein. Müßten behufs der Verlegung am herrschenden Grund-

Anspruch.

---

[1]) Vergl. das Erk. des O. A. G. Lübeck in Seuffert's Arch. 6, 13.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 22 §§ 29, 81, code civil Art. 701 Abs. 3, zür. G. B. § 706, bayr. Entw. III Art. 285 Abs. 2, hess. Entw. II, 4 Art. 75; abweichend: sächs. G. B. § 552.

stücke Veränderungen vorgenommen werden, so wird eine solche Möglichkeit zu verneinen sein. Die Verlegung kann nur innerhalb des belasteten Grundstückes ohne Hineinziehung eines anderen Grundstückes verlangt werden, weil sonst, wegen der Nothwendigkeit, den Rechtszustand dieses anderen Grundstückes zu berücksichtigen, Schwierigkeiten und Verwickelungen sich ergeben würden. Das Verlangen des Eigenthümers des dienenden Grundstückes geht auf die dingliche Rechtsänderung, welche durch Vertrag oder durch das die Vertragserklärung ersetzende Urtheil herbeizuführen ist. Mit der Feststellung des neuen Ausübungsortes wird der Rest des dienenden Grundstückes noch nicht frei; bei einer Theilung desselben wird jedoch die Vorschrift des § 975 Satz 2 Anwendung finden.

Ist in dem Begründungsvertrage der Ort der Ausübung nicht bestimmt, so daß also jeder Theil des dienenden Grundstückes benutzt werden kann, so kann der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nur schonende Ausübung, nicht aber nachträglich eine das Recht des anderen Theiles mindernde Fixirung des Ausübungsortes verlangen[1]).

§ 973.

Kollision von Nutzungsrechten.

Die Vorschrift des § 973 betrifft einen besonderen Fall der Kollision von dinglichen Rechten, nämlich den Fall, daß mehrere Nutzungs- oder Gebrauchsrechte — also auch solche Rechte, welche nicht zu den Dienstbarkeiten gezählt werden, insbesondere Erbbaurechte — von gleichem Range, welche neben einander überhaupt nicht oder nicht vollständig an der Sache sich ausüben lassen, zusammentreffen. Allgemeine Grundsätze über die Kollision von Rechten hat der Entwurf nicht aufgestellt. Zwischen der Rechtsgemeinschaft und der Rechtskollision besteht eine gewisse Aehnlichkeit, welche in manchen Fällen eine Lösung der Kollision durch Heranziehung der Grundsätze über Gemeinschaft gestatten wird. Zwei Fälle werden zu unterscheiden sein, nämlich der Fall, daß eine Umsetzung des Gegenstandes, auf welchen die zusammentreffenden Rechte sich beziehen, in Geld ausgeschlossen ist, und der Fall, daß eine solche Umsetzung stattfindet und es sich um die Vertheilung des Erlöses handelt. Der § 973 bezieht sich auf einen Fall der ersteren Art, und die Analogie des § 772 liegt deshalb nicht fern. Der § 973 wird durch § 986 dergestalt vervollständigt, daß, wenn man beide Paragraphen kombinirt, alle Fälle der Kollision von Gebrauchs- oder Nutzungsrechten getroffen werden. Ueberträgt man die Vorschriften über Gemeinschaft, so hat man diesen Kollisionsfall ähnlich zu behandeln, wie den Fall der Gemeinschaft, in welchem die Theilung ausgeschlossen ist. Die Besonderheit, daß bei einer Kollision eine Lösung durch Zuschreibung von Bruchtheilen — partes fiunt concursu — nicht geschehen kann, hindert nicht, diesen Kollisionsfall ähnlich, wie den entsprechenden Gemeinschaftsfall, zu behandeln. Das Gesetz wird den Kollisionsfall auch hier in der Weise zu lösen haben, daß es jedem Betheiligten gegen die übrigen Betheiligten den Anspruch giebt, daß eine dem Interesse Aller nach billigem Ermessen entsprechende Einschränkung der Rechts-

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 561.

ausübung stattfinde. Ein konstitutives Eingreifen des Richters wird hier aus denselben Gründen nicht zuzulassen sein, aus denen von der konstitutiven Wirkung des Theilungsurtheiles abgesehen ist. Es wird kaum vorkommen können, daß wegen des besonderen Inhaltes der kollidirenden Rechte eine Einschränkung der Ausübung derselben unmöglich und deshalb diese Art der Lösung des Konfliktes ausgeschlossen ist; deshalb ist nicht erforderlich, für den äußersten Fall auf die Loosentscheidung zu verweisen[1]).

Der Fall einer Kollision zwischen Gebrauchs- oder Nutzungsrechten und Hypotheken oder Reallasten wird durch § 973 nicht getroffen und die Lösung desselben den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen überlassen.

§ 974.

Subjektiv-dingl. Natur des Rechts.

Die Vorschriften des § 974 sprechen einzelne Konsequenzen aus dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten aus und dienen so mittelbar zur Feststellung dieses Begriffes[2]).

§§ 975, 976.

Theilung eines der beiden Grundstücke.

1. Der erste Satz des § 975 und der erste Satz des § 976 könnten für selbstverständlich und entbehrlich gehalten werden, weil der Naturaltheilung, deren Begriff aus den Vorschriften des § 787 sich ergiebt, ein Einfluß auf den Bestand der Grunddienstbarkeit durch das Gesetz besonders beigelegt werden müßte, wenn ein solcher Einfluß stattfinden sollte; denn eine grundbuchliche Operation, bei welcher aus einem einheitlichen Grundstücke mehrere einheitliche Grundstücke gebildet werden, führt an und für sich keine Wirkungen auf die an dem Grundstücke bestehenden oder subjektiv-dinglich mit dem Grundstücke verknüpften Rechte mit sich. Der Entwurf schweigt denn auch über die Wirkung oder Wirkungslosigkeit der Naturaltheilung bei den übrigen begrenzten Rechten[3]). Wenn dennoch bei den Grunddienstbarkeiten die Einflußlosigkeit der Naturaltheilung des dienenden oder des herrschenden Grundstückes ausdrücklich hervorgehoben wird, so hat dies seinen Grund in Zweifeln, welche aus dem verschieden zu deutenden Satze von der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten sich ergeben könnten und welche in mehreren neueren Gesetzgebungen zur Aufnahme der artiger Bestimmungen geführt haben[4]).

Die Frage, ob durch die Naturaltheilung des dienenden oder des herrschenden Grundstückes die einheitliche Servitut in eine Mehrheit von Servituten zerlegt wird, hat eine mehr theoretische als praktische Bedeutung.

---

[1]) Sächs. G. B. § 529.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 19 §§ 22, 23, sächs. G. B. §§ 536, 537, österr. G. B. § 485, bayr. Entw. III Art. 220, hess. Entw. II, 4 Art. 73.

[3]) Vergl. jedoch §§ 1056, 1058, wo eine mit Eigenthumsänderung verbundene Naturaltheilung vorausgesetzt wird.

[4]) Sächs. G. B. § 539; code civil Art. 700; bayr. L. R. II, 7 § 6 Nr. 2; österr. G. B. § 485; zür. G. B. § 710. Vergl. bayr. Entw. III Art. 289, hess. Entw. II, 4 Art. 70, 71.

Besondere Zweifel ergeben sich bei der Theilung des herrschenden Grundstückes daraus, daß mit derselben das Grundstück, mit dessen Eigenthum die Servitut subjektiv-dinglich verbunden war, zerfällt. Die Folgen einer solchen Theilung werden verschieden zu beurtheilen sein einerseits bei dem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte und bei den subjektiv-dinglichen Reallasten (vergl. §§ 1056, 1058), bei welchen Rechten eine solche Art der Verbindung des Rechtes mit dem Eigenthume eines Grundstückes nicht in der Natur der betreffenden Rechte liegt, und andererseits bei den Grunddienstbarkeiten. Bei den letzteren verbindet der Zweck der Beförderung der Benutzung des herrschenden Grundstückes die Berechtigung mit einer jeden Parzelle des herrschenden Grundstückes, deren Benutzung nach Inhalt der Servitut durch dieselbe befördert wird. Die Naturaltheilung läßt den Zweck und damit die Berechtigung bestehen. Bringt die Naturaltheilung Veränderungen in dem Bedürfnisse der mehreren Theilgrundstücke, vielleicht eine Steigerung des Gesammtbedürfnisses, hervor, so liegt die Sache ebenso, wie wenn durch sonstige wirthschaftliche Aenderungen auf dem herrschenden Grundstücke eine Steigerung des Bedürfnisses herbeigeführt wird. In einem solchen Falle kommt es darauf an, ob die Servitut nur zur Befriedigung des beschränkten zur Zeit der Bestellung nach den damaligen Umständen sich ergebenden Bedürfnisses dienen oder ob, was nicht selten der Fall sein wird, das jeweilige Bedürfniß maßgebend sein sollte, eine Frage, welche durch eine interpretative Vorschrift nicht wohl mit einiger Sicherheit für alle Fälle gelöst werden kann.

Oertliche Beschränkung der Dienstbarkeit.

2. In einer gewissen Richtung belastet die Grunddienstbarkeit stets das ganze dienende Grundstück, nämlich in der Richtung, daß, wenn im Falle der Zwangsversteigerung das Grundstück servitutfrei auf Antrag eines bevorzugten Berechtigten veräußert wird, unter Umständen die Servitut sich in ein Recht auf den überschießenden Erlös verwandelt.

Abgesehen von einer solchen Umwandelung des Servitutrechtes ist es möglich, daß die Servitut ihrem konkreten Inhalte nach nur ein beschränktes innerhalb der Eigenthumsgrenzen liegendes Gebiet trifft und den Rest des belasteten Grundstückes überall nicht berührt. Ebenso kann die Servitut zum Vortheile nur einer beschränkten Parzelle des herrschenden Grundstückes dienen. Steht eine solche räumliche Beschränkung der Grunddienstbarkeit nach der einen oder der anderen Seite in Gemäßheit des Begründungsvertrages fest, so geschieht dem Rechte keines Betheiligten Abbruch, wenn bei Abtrennungen von Parzellen, welche passiv oder aktiv durch die Servitut nicht berührt werden, diese Parzellen so behandelt werden, als wenn sie nicht belastet wären, bezw. die Servitut mit dem Eigenthume an ihnen nicht verbunden wäre. Es würde nur ein unnöthiger und mit Kosten verbundener Umweg sein, wenn man bei einer solchen Abtrennung das bisherige Rechtsverhältniß fortdauern lassen und nur dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes einen Anspruch auf Befreiung geben wollte. Indem der Entwurf den kürzeren Weg wählt, ist nicht übersehen, daß hierbei der Berechtigte unter Umständen in Folge der Verkleinerung des dienenden Grundstückes bei Umwandelung seines Servitutanspruches in einen Anspruch auf einen Theil des Erlöses aus dem Grundstücke im Falle der Zwangsversteigerung Abbruch erleiden kann. Da indessen solche Fälle der Umwandelung äußerst selten sind,

Digitized by Google

und eine hypothekariſche Sicherung nicht im urſprünglichen Zwecke der Servitut liegt, ſo glaubt der Entwurf über dieſes Bedenken ſich hinwegſetzen zu ſollen.

§ 977.

Aufhebung der Grunddienſtbarkeit durch Rechtsgeſchäft.

Die Vorſchriften des Entwurfes über die Aufhebung der Grunddienſtbarkeit durch Rechtsgeſchäft entſprechen den S. 460 ff. gerechtfertigten Grundſätzen, denen der Entwurf bei den begrenzten Rechten, abgeſehen von der Hypothek, folgt. Beſondere Gründe, bei den Grunddienſtbarkeiten von dem Ergebniſſe dieſer allgemeinen Grundſätze abzuweichen, liegen nicht vor.

Wenn auch nach röm. Rechte eine Servitut in der Weiſe theilweiſe aufgehoben werden konnte, daß für das dienende Grundſtück eine Dienſtbarkeit entgegengeſetzten Inhaltes beſtellt wurde, ſo war doch für den Entwurf keine Veranlaſſung gegeben, ein ſo komplizirtes Rechtsgeſchäft zuzulaſſen, da man im Wege der unmittelbaren partiellen Aufhebung praktiſch im Weſentlichen zu demſelben Reſultate gelangt.

§ 978.

Schutz der Grunddienſtbarkeit.

Da der Servitutberechtigte vermöge ſeines Rechtes weder in den Beſitz noch in die Inhabung des belaſteten Grundſtückes gelangt, ſo entſpricht die Beeinträchtigung ſeines Rechtes der Beeinträchtigung des Eigenthumes in der in § 943 gedachten Weiſe und die Vorſchriften über den negatoriſchen Eigenthumsanſpruch ſind deshalb zur analogen Anwendung geeignet, wenn ein Grunddienſtbarkeitsberechtigter eine Beeinträchtigung ſeines Rechtes erfahren hat.

Poſſeſſoriſcher Schutz.

§ 979.

1. Bedürfniß.

1. Nach den Vorbemerkungen zu dieſem Abſchnitte unter Nr. 4 iſt das Inſtitut des Rechtsbeſitzes auch in ſeiner Beſchränkung auf Dienſtbarkeiten von dem Entwurfe abgelehnt und nur die Frage nach dem Bedürfniſſe eines quaſipoſſeſſoriſchen Schutzes bei den Grunddienſtbarkeiten und bei den beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten offen gelaſſen. Iſt ein ſolches Bedürfniß anzuerkennen, ſo iſt der Entwurf darauf angewieſen, ſeinen eigenen und ſelbſtändigen Weg zu gehen, da er in den Ausgangspunkten — Ablehnung des Rechtsbeſitzes, beſondere Geſtaltung des Beſitzſchutzes, Grundbucheinrichtung — ſich von dem gemeinen Rechte und den neueren Geſetzgebungen weſentlich unterſcheidet.

Dafür, daß ein Bedürfniß des quaſipoſſeſſoriſchen Schutzes vorliege, ſpricht die gleichmäßige Gewährung desſelben im geltenden Rechte und die Erwägung, daß ſonſt bei allen Konflikten des Servitutberechtigten mit anderen Perſonen die Ausübung der Grunddienſtbarkeit Unterbrechungen zu erleiden haben und daß der wirthſchaftliche Werth der Grunddienſtbarkeiten durch dieſe

Gefahr gemindert werden würde. Die einstweiligen Verfügungen der C. P. O. (§§ 814—822) machen einen besonderen possessorischen Rechtsschutz nicht entbehrlich. Die C. P. O. ermächtigt den Richter nur zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung, läßt aber das Ermessen des Richters walten und würde mithin den in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit Gestörten oder Gehinderten in denjenigen Fällen schutzlos lassen, in welchen der Richter die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ablehnt. Ferner macht der Schutz, den die einstweilige Verfügung durch die mit ihr verbundene Strafandrohung gewährt, den in dem Selbstvertheidigungsrechte liegenden Besitzschutz nicht für alle Fälle entbehrlich. Auch das unter Umständen dem Servitutberechtigten nach § 189 zustehende Selbsthülferecht genügt nicht, da, wenn auch ein solches Recht begründet ist, der Servitutberechtigte doch in zahlreichen Fällen nicht im Stande sein wird, die ihm entgegentretende Gewalt zu überwinden, und des richterlichen Schutzes mithin nicht entrathen kann.

2. Voraussetzungen des Schutzes.

2. Bei der Bestimmung der Voraussetzungen des possessorischen Schutzes geht der Entwurf davon aus, daß die Analogie zwischen der Sachinhabung und dem Zustande der Ausübung der Grunddienstbarkeit zu benutzen ist. Man wird einen thatsächlichen Zustand zur Voraussetzung zu machen haben, welcher der Sachinhabung, ungeachtet der obwaltenden Verschiedenheiten, einigermaßen entspricht und auf welchen die Vorschriften über den Sachinhabungsschutz ohne besondere Schwierigkeiten entsprechende Anwendung finden können. Das Analogon der Sachinhabung ist bei den Grunddienstbarkeiten der Zustand der Ausübung bezw. der Zustand der thatsächlichen Geltung der Prädialservitut, welcher in der nicht auf Widerstand stoßenden Bethätigung der Dienstbarkeit seitens des Berechtigten zu Tage tritt. Die Verschiedenheit zwischen der Sachinhabung und dem Ausübungszustande besteht darin, daß erstere die an sich totale thatsächliche Gewalt über das Grundstück in sich schließt und einen dauernden thatsächlichen Zustand hervorruft, während die Servitutausübung, indem sie sich je nach dem besonderen Inhalte der Servitut verschieden gestaltet und in partiellen und bei den servitutes discontinuae zeitlich unterbrochenen Benutzungshandlungen hervortritt, einen ähnlichen dauernden Zustand im Allgemeinen nicht zur Folge hat. Die Servitutübung kann möglicher Weise in einer auf das Nachbargebiet hinüberreichenden Sachinhabung, projectum sive immissum habere, bestehen; sie kann sich auch als Theilinhabung (§ 816) gestalten. Einer Abgrenzung in dieser Beziehung und einer Ausscheidung der fraglichen Fälle von den hier zu gebenden Vorschriften über den quasipossessorischen Schutz bedarf es nicht, da in jenen Fällen der quasipossessorische Schutz höchstens entbehrlich wird, weil die Bestimmungen über den Besitzschutz unmittelbar Anwendung finden und in dieser unmittelbaren Anwendung zu einer gleichen Behandlung des Berechtigten führen, wie bei ihrer analogen Anwendung.

Die Schwierigkeit der Regelung des quasipossessorischen Schutzes liegt in der hervorgehobenen verschiedenen Gestaltung des Ausübungszustandes. Von der Aufstellung besonderer Erfordernisse in Ansehung dieses Zustandes je nach den verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten wird man absehen müssen. Die Aufstellung besonderer Wasser-, Wege- 2c. Interdikte würde zu einer dem immerhin beschränkten Zwecke des possessorischen Schutzes nicht entsprechenden Ueberlastung

des Gesetzes führen. Eine solche spezielle Regelung wird insbesondere auch durch das nachstehend erörterte Erforderniß, daß die possessorisch zu schützende Grunddienstbarkeit in dem Grundbuche eingetragen sein muß, entbehrlich gemacht. Der Entwurf stellt folgende einfache und einheitliche Voraussetzungen des quasipossessorischen Schutzes fest:

a) Eintragung der Dienstbarkeit;

a) Die possessorisch zu schützende Servitut muß in dem Grundbuche eingetragen sein. Man würde mit dem von dem Entwurfe angenommenen Eintragungsprinzipe nicht in dem erforderlichen Einklange bleiben, wenn man einen quasipossessorischen Schutz im Widerspruche mit dem Grundbuche zulassen wollte. Bei dem Schutze der Sachinhabung liegt die Sache anders; denn dort wird von dem Inhaber, welcher Schutz verlangt, ein Recht an der Sache nicht behauptet; es ist mithin die Möglichkeit des Widerspruches einer solchen Behauptung mit dem Inhalte des Grundbuches ausgeschlossen. Sollte die Servitut zur Ungebühr gelöscht sein, so ist der quasipossessorische Schutz ausgeschlossen, mag auch die fortdauernde Ausübung noch so deutlich, insbesondere in der Forthaltung von Anlagen, hervortreten. Ein Bedürfniß, für derartige seltene Fälle die Voraussetzungen des possessorischen Schutzes zu ermäßigen, liegt nicht vor.

b) Inhabung des herrschenden Grundstückes;

b) Derjenige, welcher quasipossessorischen Schutz verlangt, muß Inhaber des herrschenden Grundstückes sein. Daß das Inhaberverhältniß genügt, liegt in der Konsequenz des Schutzes, auf welchen der Inhaber des Grundstückes Anspruch hat, wenn er der Inhabung desselben entsetzt oder in der Inhabung gestört wird.

c) Ausübungszustand;

c) Die Servitut muß innerhalb eines Jahres vor der verletzenden Handlung, gegen welche Schutz gesucht wird, wenn auch nur einmal, ausgeübt worden sein. Da das Grundbuch die Existenz der Dienstbarkeit ergiebt, so wird es entbehrlich, eine Mehrheit von Ausübungshandlungen zu fordern, um festzustellen, daß es sich um eine beabsichtigte Rechtsausübung handelt. Es würde indessen zu einer Ueberspannung des quasipossessorischen Schutzes führen, wenn man der durch einmalige Ausübung erworbenen quasi-possessio eine zeitlich unbegrenzte Dauer zuschreiben wollte. Der Entwurf bestimmt deshalb eine feste zeitliche Grenze. Die analoge Anwendung der Vorschriften über den Verlust des Besitzes und der Inhabung würde in der Praxis zu einer unsicheren und schwankenden Handhabung der vorliegenden Vorschriften führen. Durch die zeitliche Begrenzung auf Jahresfrist soll indessen die Jahresdauer der erworbenen quasi-possessio nicht für alle Fälle bejaht werden. Die Aufnahme besonderer Bestimmungen, wie die erworbene quasi-possessio noch vor Jahresfrist endige, wird indessen nicht erforderlich sein, da auch ohne solche Bestimmung, insbesondere bei analoger Anwendung der Vorschriften über Entziehung und Aufgebung des Besitzes, eine richtige Entscheidung leicht zu finden sein wird. Möglich bleibt, daß in gewissen Fällen der quasipossessorische Schutz um deswillen versagt, weil nach dem besonderen Inhalte der Servitut deren Ausübung in längeren Zwischenräumen als einem Jahre erfolgt. Die Berücksichtigung derartiger seltener Fälle würde indessen über das ersichtliche praktische Interesse, welches bei diesem positiven und immerhin etwas anomalen Institute maßgebend bleiben muß, hinausführen.

Da der quasipossessorische Schutz an die Voraussetzung des Ausübungszustandes geknüpft wird, so richtet sich das Maß desselben nach dem Maße der Ausübung, nur daß das Maß des Schutzes wegen des konkurrirenden Erfordernisses der Eintragung mit dem Inhalte des Grundbuches nicht in Widerspruch treten kann, also innerhalb des aus der Eintragung sich ergebenden Maßes bleiben muß.

d) Hinderung oder Störung.

d) Der Inhaber des herrschenden Grundstückes muß in der Ausübung der Servitut gehindert oder gestört sein. Im Anschlusse an die Vorschriften über den Schutz der Sachinhabung wird auch hier die gänzliche und theilweise Verletzung zu unterscheiden sein.

3. Inhalt des Schutzes.

3. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, daß die Vorschriften über den Schutz der Sachinhabung (§§ 814—824, mit Ausschluß der §§ 816, 817) Anwendung zu finden haben.

Die ausgelassenen Paragraphen (§§ 816, 817) beziehen sich auf die Theilinhabung und auf die Mitinhabung. Des Falles der Theilinhabung ist bereits vorstehend unter 2. gedacht. Eine Mitinhabung des dienenden Grundstückes seitens des Inhabers des herrschenden und des Inhabers des dienenden Grundstückes findet nicht statt, wenngleich der beiderseitige Mitgebrauch einige Aehnlichkeit mit der Mitinhabung haben kann.

Die Vorschriften über Erwerbung und Verlust des Besitzes sind im Entwurfe nicht allegirt, vielmehr deren analoge Heranziehung der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.

Gewaltanwendung.

Für die Einräumung des Rechtes der Gewaltanwendung (§§ 814, 815) an den quasi-possessor ist entscheidend, daß derselbe ohne ein solches Recht niemals ohne Weiterungen zur Ausübung seiner Servitut gelangen könnte, da er alsdann einem jeden Verbote auch des zur Duldung verurtheilten und vielleicht mit Strafe bedrohten Inhabers des dienenden Grundstückes zu weichen hätte und auf die praktisch in den meisten Fällen unausführbare Zuziehung eines Gerichtsvollziehers (vergl. C. P. O. § 777) beschränkt bleiben würde. Gegen die Bedenken, welche erhoben werden können, fällt auch hier wesentlich ins Gewicht, daß es sich um den Schutz einer in das Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit handelt. Das Gewaltanwendungsrecht des quasi-possessor geht dem gleichen Rechte des Sachinhabers selbstverständlich vor und beseitigt dasselbe im Verhältnisse zwischen diesen Personen. Ob man das Gewaltanwendungsrecht des quasi-possessor als Nothwehr oder ob man dasselbe als erlaubte Selbsthülfe anzusehen hat, ist eine mehr theoretische Frage.

Gegen die analoge Anwendbarkeit der §§ 818—824 wird ein Bedenken nicht erhoben werden können. Die Durchführung der Analogie im Einzelnen kann der Doktrin und der Praxis überlassen bleiben.

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 980.

Begriff und Inhalt.

1. In dem ersten Absatze des § 980 ist eine Definition des Nießbrauches als dinglichen Rechtes enthalten, indem als Ziel dieses Rechtes die Ziehung aller Nutzungen der Sache (§ 793) bezeichnet wird. Damit ist allerdings der Inhalt des Sachnießbrauches nur im Allgemeinen bezeichnet. Offen bleibt insbesondere die Frage, wie der Nießbraucher zu jenem Ziele seines Rechtes gelangt und welche Handlungen er behufs Erreichung desselben an der Sache vorzunehmen berechtigt ist. Die Bestimmung der Einzelheiten über die Verwirklichung des Rechtes und über die hierbei dem Nießbraucher zu setzenden dinglichen und obligatorischen Schranken wird den folgenden Paragraphen überlassen. Zu beachten bleibt, daß der Eigenthumserwerb an den unter den Fruchtbegriff (§ 792) fallenden Sachen in § 899 und der Begriff der Nutzungen in § 793 festgestellt ist und daß die Vorschriften des § 794 die Vertheilung der Früchte zwischen einem antretenden und einem abtretenden Genußberechtigten regeln, jedoch nur im Verhältnisse zwischen diesen Personen und ohne jede dingliche Wirkung.

Beschränkung des Inhaltes.

2. Für den Nießbrauch ist, im Vergleiche mit den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, karakteristisch, daß das Recht des Nießbrauchers auf Ziehung der Nutzungen ein ausschließliches ist. Bei der Begründung des Nießbrauches muß der Wille des Bestellers darauf gerichtet sein, das Recht auf die Gesammtheit der Sachnutzungen und nicht etwa einzelne positiv ihrem Inhalte nach bestimmte Gebrauchs- oder Fruchtziehungsrechte zuzuwenden. Mit der ausschließenden Natur des Nießbrauches ist es indessen wohl vereinbar, daß in dem Begründungsvertrage das Recht des Nießbrauchers in einzelnen Punkten verneint und beschränkt wird. Die Vorschrift des zweiten Absatzes soll ausdrücken, daß der beschränkte Nießbrauch immer noch Nießbrauch bleibt und von den partiellen, durch den Begründungsvertrag ihrem Inhalte nach positiv bestimmten Benutzungsrechten wesentlich sich unterscheidet.

Gesetzlicher Nießbrauch.

3. Die Vorschriften dieses Titels beziehen sich in erster Linie auf den durch Rechtsgeschäft begründeten Nießbrauch. Bei dem gesetzlichen Nießbrauche kommt es auf das denselben bestimmende Gesetz an, inwieweit zur Vervollständigung desselben die Vorschriften über den rechtsgeschäftlich begründeten Nießbrauch Anwendung zu finden haben. Die Vorschriften über Nießbrauch sind für anwendbar erklärt auf die dem Ehemanne an dem Ehegute zustehende Nutznießung (§ 1292) und auf die elterliche Nutznießung (§ 1520), für analog anwendbar auf das Rechtsverhältniß des Vorerben gegenüber dem Nacherben (§ 1815). Da die Vorerbschaft nur ein einzelner Fall der interimistischen mit Eintritt eines Zeitpunktes oder eines Ereignisses von Rechtswegen endigenden

Berechtigung ist, so liegt eine Verallgemeinerung der letztgedachten analogen Anwendbarkeit der Vorschriften über Nießbrauch nahe, insbesondere auf bedingte und betagte Rechte, bei denen das gegenseitige Rechtsverhältniß der Betheiligten während der Zwischenzeit in den §§ 130, 133, 134 des Abschnittes über Bedingungen und Befristungen eine ins Einzelne gehende Regelung nicht erhalten konnte.

§ 981.

Nießbrauch an einem Bruchtheile der Sache.

1. Daß ein Miteigenthümer an seinem Antheile Nießbrauch bestellen kann, ergiebt sich aus § 948. Die Vorschrift des § 981 redet allgemein von der Zulässigkeit der Begründung des Nießbrauches an einem Bruchtheile der Sache. Es ist also nicht nöthig, daß die Sache im Miteigenthume stehe, sondern auch der Alleineigenthümer kann die Begründung des Nießbrauches auf einen Bruchtheil der Sache oder der Miteigenthümer auf einen Bruchtheil seines Bruchtheiles beschränken. Das Resultat, daß der Nießbrauch nur an dem Bruchtheile einer im Alleineigenthume stehenden Sache besteht, sei es in Konkurrenz mit anderen Nießbrauchsberechtigten oder ohne eine solche Konkurrenz, kann auf verschiedene Weise eintreten, auch wenn ursprünglich der Nießbrauch von einzelnen Miteigenthümern an ihren Antheilen bestellt war. Dieses Resultat ist nicht zu vermeiden, aber auch nicht mit so erheblichen Nachtheilen und Verwickelungen verknüpft, daß die Gesetzgebung ihm vorzubeugen hätte. Es liegt deshalb kein genügender Grund vor, positiv zu bestimmen, daß der Alleineigenthümer an einem Bruchtheile der Sache Nießbrauch rechtsgeschäftlich nicht bestellen könne. Insbesondere ist ein solcher Grund nicht in Schwierigkeiten zu finden, welche bei der Grundbuchführung oder der Zwangsversteigerung sich ergeben könnten. Im Gegentheile würde eine solche Vorschrift leicht Härten nach sich ziehen, z. B. wenn einem Erben durch Legat die Begründung des Nießbrauches an dem Bruchtheile einer Erbschaftssache auferlegt wäre und einer solchen Auflage die Wirksamkeit abgesprochen werden müßte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Neuschaffung von Quoten von Seiten des Alleineigenthümers behufs deren Belastung bei dem Schweigen des Gesetzes für zulässig zu halten wäre, der Vorschrift des § 981 mithin lediglich erläuternde Natur zukäme. Bei den Gebrauchsrechten — Erbbaurecht, Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten — kann ein Bruchtheil nicht Gebrauchsgegenstand sein (§ 961 Abs. 2, §§ 968, 1045). Bei dem Vorkaufsrechte, der Hypothek und der Grundschuld ist die Neuschaffung von Quoten seitens des Alleinberechtigten behufs deren Belastung ausgeschlossen (§§ 953, 1063, 1136).

Natur des Quotennießbrauches.

2. Die Stellung der Vorschrift ergiebt, daß der Entwurf den Quotennießbrauch als Sachnießbrauch behandelt. Man könnte zweifeln, ob der Quotennießbrauch der Kategorie des Sachnießbrauches oder der Kategorie des Rechtsnießbrauches zu unterstellen sei. Wenn ein Alleineigenthümer an einem Bruchtheile der Sache den Nießbrauch bestellt, so wird man die Sache als belastet anzusehen haben, da es an einer zu belastenden Quote fehlt. Man

wird aber auch in gleicher Weise den Nießbrauch an der Quote eines Miteigenthümers als Sachnießbrauch anzusehen haben; denn der Gegenstand des Nießbrauches ist in Ansehung seines juristischen Wesens hier kein anderer als dort. Hieraus ergiebt sich von selbst die Anwendbarkeit der für den Nießbrauch an Sachen geltenden Vorschriften mit den Einschränkungen, welche dadurch bedingt sind, daß nur ein Bruchtheil der Sache oder ein Antheil an derselben den Gegenstand des Rechtes bildet. Dies braucht aber um so weniger im Gesetze ausgedrückt zu werden, als der bezeichnete Zweifel überhaupt kaum von praktischem Einflusse sein könnte, da nach § 1021 Abs. 2 die Vorschriften über den Sachnießbrauch auf den Rechtsnießbrauch entsprechende Anwendung zu finden haben.

§ 982.

Art der Eintragung.

Die Vorschrift des § 982 beruht auf denselben Gründen praktischer Zweckmäßigkeit, wie die gleichlautende Vorschrift des § 969.

Begründung des Nießbrauches an einer beweglichen Sache.

§ 983.

Erforderniß der Uebergabe

1. Wenn auch bei der Begründung des Nießbrauches an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft das Erforderniß der Uebergabe im gemeinen Rechte bestritten ist und in den neueren Gesetzeswerken[1]) nur vereinzelte Anerkennung gefunden hat, so ist dieses Erforderniß doch aus ähnlichen Gründen wie für den Eigenthumsübertragungsvertrag gerechtfertigt; es kann auf diese S. 333 ff. angeführten Gründe verwiesen werden.

Besitzübergabe.

2. Durch Allegirung der Vorschriften der §§ 803 bis 805 und des § 874 Abs. 3 werden die Vorschriften über die Besitzübergabe für entsprechend anwendbar auf die Einräumung und Ergreifung der Inhabung erklärt. Dabei ist zu beachten, daß die Analogie nur in Ansehung der Frage entscheiden soll, ob dem rechtsgeschäftlichen Traditionserfordernisse genügt sei. Ueber die Frage, wann die Inhabung auf der einen Seite verloren und wann dieselbe auf der anderen Seite erworben sei, wird nichts bestimmt. Diese Frage bewahrt vielmehr ihre rein thatsächliche Natur.

Bei dem konsensualen Inhabungswechsel erscheint die Inhabung mit Nothwendigkeit als bewußte und gewollte thatsächliche Gewalt. Durch die bestimmte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Besitzübergabe wird klargestellt, daß dem Aufgeben des Besitzes (§ 808) ein Aufgeben der Inhabung zum Zwecke des konsensualen Inhabungswechsels entspricht, da der Fall der Tradition ein Fall des Besitzverlustes durch Aufgeben des Besitzes ist. Der Inhabungswille wird folglich als Analogon des Besitzwillens behandelt; der stattfindende Unterschied, daß der

---

[1]) Oesterr. G. B. § 481, hess. Entw. II, 4 Art. 10. Vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 2, sächs. G. B. § 644, bayr. Entw. III Art. 291.

Besitzer die Sache als die seinige haben will, während der Inhaber die Sache zu eigenem dinglichen Rechte haben will, steht der weiteren Durchführung der Analogie nicht entgegen. Besondere Bestimmungen, daß bei dem konsensualen Inhabungswechsel als rechtsgeschäftlichem Erfordernisse außer den in § 983 Abs. 2 allegirten Vorschriften auch noch weitere auf den Besitzwillen sich beziehende Vorschriften auf den Inhabungswillen zu übertragen sind, hat der Entwurf nicht aufgenommen. Auch ohne solche Bestimmungen wird die durch Allegirung der §§ 803 bis 805 genügend hervorgehobene Analogie dazu führen, daß das für den Besitzwillen Bestimmte auf den Inhabungswillen übertragen wird, insbesondere eine Tradition mit Richtung des Inhabungswillens auf eine Quote zulässig ist (vergl. § 799), daß eine geschäftsunfähige Person nicht den für die Vollendung der Tradition erforderlichen Inhabungswillen fassen kann (vergl. § 800), wenngleich das Gelangen in die zuständliche Inhabung für eine solche Person nicht ausgeschlossen ist, daß endlich der Empfänger bei Ergreifung der Inhabung im Willen vertreten werden kann (vergl. § 801), so daß das rechtsgeschäftliche Erforderniß der Tradition als erfüllt gilt, wenngleich in Abweichung von der Besitzübergabe die Inhabung nicht, wie dort der Besitz, von dem Vertretenen, sondern von dem Vertreter erlangt ist. Die Aufnahme weiterer besonderer Bestimmungen würde das Bedenken gegen sich haben, daß die Analogie mißverständlich auf die Frage der thatsächlichen Erlangung oder Nichterlangung der Inhabung bezogen werden könnte.

Vertrag. 3. Die entsprechende Anwendung der §§ 829, 875, 876 ist unbedenklich, weil der Umstand, daß durch das hier in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht Eigenthum, sondern ein anderes Recht an der Sache erworben wird, für die abstrakte Natur des Vertrages, für die Wirksamkeit des die Willenserklärung des Veräußerers ersetzenden Urtheiles und für die Konvaleszenz des Rechtsgeschäftes ohne Einfluß ist.

Guter Glaube. 4. Die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 877—879, welche den Rechtserwerb des gutgläubigen Erwerbers von dem Rechte des Veräußerers der Regel nach unabhängig stellen, ist nicht bestimmt, weil eine solche Berücksichtigung des guten Glaubens gegen die Rechtskonsequenz nur aus Rücksicht auf die Verkehrssicherheit sich rechtfertigen läßt, der Nießbrauch aber nicht in dem Sinne, wie die Sache selbst ein Verkehrsobjekt ist.

Ersitzung. 5. Ebensowenig wie das Institut des Erwerbes in gutem Glauben ist im Entwurfe das Institut der Ersitzung auf den Nießbrauch übertragen. Eine solche Uebertragung wird weder durch die Konsequenz der Vorschriften über die Ersitzung des Eigenthümers einer beweglichen Sache noch durch ein praktisches Bedürfniß gefordert.

§ 984.

Inhabungsrecht des Nießbrauchers. Der § 984 bestimmt über den Inhalt des Rechtes des Nießbrauchers, daß der letztere befugt ist, sein Recht auf die Nutzungen selbst zu verwirklichen, indem er die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und mit derselben entsprechend dem Zwecke seines Rechtes verfährt. Damit wird der Nießbrauch von allen sonst denkbaren Rechten auf die Nutzungen einer Sache unterschieden,

bei denen dem Berechtigten nicht die unmittelbare thatsächliche Verfügung über die Sache behufs Ziehung der Nutzungen, sondern vielleicht nur ein Recht auf Verabfolgung der gewonnenen Einkünfte zusteht. Das Inhabungsrecht des Nießbrauchers, dessen auch das sächs. G. B. § 605 gedenkt, ist von Wichtigkeit für das Vindikationsrecht desselben. Im Falle der Sequestration (§ 1006) wird das Recht des Nießbrauchers auf eigene Inhabung aufgehoben. Inwieweit eine der Sequestration ähnliche rechtsgeschäftliche Beschränkung des Inhabungsrechtes des Nießbrauchers (wie nach § 1153 bei dem Inhabungsrechte des Faustpfandgläubigers) zulässig ist, bleibt dahingestellt.

Von einem Verwaltungsrechte des Nießbrauchers (vergl. zür. G. B. § 730) darf man nicht reden, weil man sonst Handlungen hineinzieht, welche im Interesse des Eigenthümers vorzunehmen sind, und den unrichtigen Gesichtspunkt nahe legt, der Nießbraucher habe eine ähnliche Stellung wie ein Beauftragter und übe fremdes Recht aus.

Ausübung des Nießbrauches an einem Bruchtheile der Sache.

§ 985.

Eine Quote kann nicht Gegenstand der Inhabung sein. Die in § 984 bestimmten Befugnisse des Nießbrauchers müssen mithin bei dem Quotennießbrauche eine besondere Gestaltung annehmen. Diese Gestaltung wird in § 985 näher bestimmt.

Die Nutzungsgemeinschaft kann verschiedener Art sein.

Gemeinschaftlicher Nießbrauch.

1. Der Alleineigenthümer oder alle Miteigenthümer haben über die Sache im Ganzen verfügt und einen Nießbrauch an der Sache bestellt (vergl. § 763) und dieser Nießbrauch an der ganzen Sache ist entweder ursprünglich für eine Mehrheit von Personen begründet oder der Alleinnießbraucher hat — was nicht ausgeschlossen ist — eine Quote seines Rechtes veräußert. In einem solchen Falle ist der Nießbrauch an der ganzen Sache ein gemeinschaftlicher Gegenstand im Sinne der Vorschriften über Gemeinschaft. Besonderheiten für dieses Gemeinschaftsverhältniß, welche in dem Gegenstande der Gemeinschaft ihren Grund haben, werden nur in § 1012 und durch die Allegirung des § 951 in § 1017 bestimmt. Weitere Besonderheiten sind nicht vorzuschreiben. In Frage könnte nur noch kommen, ob eine dem § 947 entsprechende Vorschrift aufzunehmen sei, welche die Belastung des gemeinschaftlichen Nießbrauches zu Gunsten eines Theilhabers gestattet. Ein praktisches Bedürfniß für die ausdrückliche Zulassung einer solchen Belastung liegt nicht vor. Es genügt auf alle Fälle die nicht ausgeschlossene Möglichkeit, aus § 947 ein höheres Prinzip zu entnehmen und auf den Fall der Nießbrauchsgemeinschaft anzuwenden.

Ist der Nießbrauch den mehreren Personen nicht an der ganzen Sache, sondern von den Miteigenthümern einzeln, von jedem an seinem Antheile, bestellt, so kann vielleicht das Vorliegen eines Gemeinschaftsverhältnisses unter den mehreren Antheilsnießbrauchern in Zweifel gezogen werden. Die Vorschrift des § 1012 ist alsdann gegenstandlos, da es an einem Nießbrauche als Gegen-

ſtand der Gemeinſchaft fehlt. Das Verhältniß zwiſchen den mehreren mit einander (nicht mit einem Eigenthümer oder Miteigenthümer) konkurrirenden Nießbrauchern wird indeſſen auch hier wegen der beſtehenden Rechtsähnlichkeit nach den Vorſchriften über Gemeinſchaft beurtheilt werden. Daneben kommen die Vorſchriften des § 985 Abſ. 1 zur Anwendung, da deren Vorausſetzung gegeben iſt.

Nießbrauch an einem Bruchtheile der Sache.

2. Es iſt möglich, daß es an einer Nießbrauchsgemeinſchaft fehlt und der Quotennießbraucher durch ſeinen Nießbrauch eine Stellung in der Eigenthumsgemeinſchaft erhält. Dieſe Stellung wird in § 985 Abſ. 1 näher beſtimmt.

In den Vorſchriften über Gemeinſchaft ſind die gegenſeitigen Rechte und Pflichten der Genoſſen in Anſehung der Verwaltung und Benutzung des gemeinſchaftlichen Gegenſtandes und das Recht des einzelnen Genoſſen auf Theilung beſtimmt. Beſonders kommt in Betracht, daß das gegenſeitige Verhältniß bis zur Theilung in §§ 765, 766, 772 ſo geordnet iſt, daß ein gewiſſes Maß der Mitbenutzung dem Einzelnen geſichert bleibt und nicht etwa wegen der melior conditio prohibentis eine jede Benutzung durch willkürlichen Einſpruch eines Genoſſen ſiſtirt werden kann. Wenn die Gemeinſchaft, ſoweit nicht etwa zufälligerweiſe ein Einverſtändniß beſteht, den Stillſtand der Verwaltung und Benutzung der Sachen bedeutete, ſo würde der Quotennießbrauch, ſo lange die Gemeinſchaft fortbeſteht, praktiſch werthlos ſein; man würde nicht wohl umhin können, denſelben ähnlich wie den Nießbrauch an einer fälligen nicht auf Zinſen ausſtehenden Forderung (§ 1028) zu behandeln, ſomit als eigentlichen Nießbrauchsgegenſtand nur das aus der Theilung zu Empfangende anzuſehen und dem Quotennießbraucher das Recht und die Pflicht beizulegen, die Theilung zu verlangen. Bei der Regelung des Gemeinſchaftsverhältniſſes im Entwurfe kann und muß man dagegen das Prinzip feſthalten, daß der Gegenſtand des Nießbrauches zu erhalten iſt. Dem Nießbraucher iſt deshalb nur die Ausübung der obligatoriſchen Rechte ſeines Auktors, welche auf die Verwaltung und Benutzung der Sache ſich beziehen, zu eigenem feſten Rechte zuzuſprechen. Der Miteigenthümer, deſſen Quote mit dem Nießbrauche belaſtet iſt, bleibt in dem Schuldverhältniſſe der Gemeinſchaft Gläubiger und Schuldner. Er bleibt alſo den Genoſſen gegenüber zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Gemeinſchaft verbunden, nur daß ihm gegenüber der Nießbraucher nach dem unter dieſen Betheiligten beſtehenden Schuldverhältniſſe verbunden ſein kann, an ſeiner Stelle die genoſſenſchaftlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der Umſtand, daß die gemeinſchaftliche Benutzung und Verwaltung der Sache, wie ſolche durch die Vorſchriften über Gemeinſchaft geſichert iſt, nicht ſelten zu einem wirthſchaftlich wenig günſtigen Reſultate führen wird und die Aufhebung der Gemeinſchaft vorzuziehen wäre, kann zu einer Beilegung des Rechtes auf Theilung an den Nießbraucher nicht führen; denn ein ſolcher Nachtheil iſt dem Antheilsnießbrauche nicht eigenthümlich, ſondern tritt überall ein, wenn die Veräußerung der Sache und der Nießbrauch am Erlöſe für den Nießbraucher vortheilhafter ſein würde. Wenn das Recht, die Theilung zu verlangen, dem Nießbraucher nicht beizulegen iſt, ſo iſt es auch nicht dem Eigenthümer der belaſteten Quote zu belaſſen, ſondern ähnlich wie das

Kündigungsrecht bei auf Zinsen ausstehenden einem Nießbrauche unterworfenen Forderungen zu vergemeinsamen (vergl. § 1033 Abs. 1).

In dem dritten Satze des § 985 Abs. 1 wird die allgemeine Bestimmung gegeben, daß dem Quotennießbraucher im Falle der Aufhebung der Gemeinschaft der Nießbrauch an dem Surrogate gebührt. Die Bestimmung ist erläuternder Natur und soll den möglichen Zweifel an dem Fortbestande des Nießbrauches bei Wegfall seines ursprünglichen Gegenstandes beseitigen. Da der Entwurf kein konstitutives Theilungsurtheil kennt, so ist das im Falle der Theilung eintretende Surrogat zunächst ein gegen die Miteigenthümer sich richtendes Forderungsrecht.

ohne Eigenthums gemeinschaft.

3. Möglich ist, daß bei einem Quotennießbrauche weder eine Nießbrauchsgemeinschaft, noch eine Eigenthumsgemeinschaft vorliegt. Diesen Fall, nämlich wenn an einer Quote einer nicht im Miteigenthume stehenden Sache ein Nießbrauch begründet ist, trifft § 985 Abs. 2. Wenn auch in diesem Falle für die rechtliche Betrachtung kein Nießbrauch an der ganzen Sache als Gemeinschaftsgegenstand vorliegt, so ist doch das Verhältniß in gleicher Weise zu beurtheilen, da der Umstand, daß der mitnutzungsberechtigte Alleineigenthümer an der nicht belasteten Quote ein stärkeres Recht als Nießbrauch, nämlich Eigenthum hat, an dem Vorliegen und an der Beurtheilung der Nutzungsgemeinschaft nichts ändert.

§ 986.

Kollision.

Die Vorschrift des § 986 ist bereits bei § 973 näher begründet.

§ 987.

Erstreckung des Nießbrauches an einem Grundstücke.

Da das mit dem Eigenthume eines Grundstückes verbundene Recht als Bestandtheil des letzteren gilt, so ist das Grundstück zusammen mit dem subjektiv-dinglichen Rechte Gegenstand des Nießbrauches und kann immer nur von *einem* Nießbrauche die Rede sein.

Einige Gesetzgebungswerke drücken sich dahin aus, daß der Nießbraucher die subjektiv-dinglichen Rechte auszuüben befugt sei[1]). Die Ausdrucksweise des Entwurfes, daß der Nießbrauch auf die bezeichnete besondere Art von Bestandtheilen sich erstrecke, hat den Vorzug der größeren Deutlichkeit. Wenn auch der ausgesprochene Satz schon aus § 788 entnommen werden könnte, so ist dessen Aufnahme doch besonders um deswillen zweckmäßig, weil klargestellt wird, daß der Nießbrauch, insoweit er auf das mit dem Grundstücke verbundene Recht sich bezieht, nach den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten zu beurtheilen ist. Die weiter entstehenden Fragen, inwieweit der Eigenthümer bei der Bestellung des Nießbrauches die Ausübung subjektiv-dinglicher Rechte, z. B. einer Reallast, sich vorbehalten könne, inwieweit die Ausübung eines Rechtes durch den Nießbraucher, z. B. bei einem subjektiv-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 45; sächs. G. B. § 605; bayr. Entw. III Art. 226.

dinglichen Vorkaufsrechte, oder mit einem Gute verbundenen Ehrenrechten öffentlichrechtlicher Natur, mit dem Wesen solcher Rechte unvereinbar sei, werden nach denjenigen Vorschriften zu entscheiden sein, welche auf die besondere Art der subjektiv-dinglichen Rechte sich beziehen.

Rechte des Nießbrauchers an den getrennten Bestandtheilen.

§ 988.

Fruchterwerb.

1. Der Entwurf geht von dem Prinzipe aus, daß bei körperlicher Zerlegung einer Sache die Trennstücke den dinglichen Rechten unterworfen bleiben, welche an der Sache bei deren Zerlegung bestanden. Ferner ist in § 899 Abs. 1 bestimmt, daß bei dinglichen Rechten, kraft deren gewisse Arten von abgetrennten Bestandtheilen dem Berechtigten gebühren, mit der Trennung das an den Trennstücken fortbestehende begrenzte dingliche Recht in Eigenthum sich umsetzt, sofern die Trennstücke zu den dem Berechtigten gebührenden abgetrennten Bestandtheilen gehören. Bei dem Nießbrauche liegt das Merkmal hierfür nach §§ 980, 793 in der Fruchteigenschaft (§ 792).

Das hiernach sich ergebende Resultat bedarf einer Einschränkung; dieselbe soll in § 988 bestimmt werden. Der Fruchtbegriff ist in § 792 lediglich objektiv nach der organischen Qualität oder nach dem Merkmale bemessen, daß die Sache die Bestimmung hat, derartige Trennstücke als Ertrag zu liefern. Der Fruchtbegriff bezieht sich mithin auch auf solche Trennstücke, deren Trennung den Regeln einer guten Wirthschaft nicht entspricht, während doch im materiellen Endresultate nach dem Zwecke und der Natur des Nießbrauches der Nießbraucher auf die Ziehung eines diesen Regeln entsprechenden Ertrages beschränkt werden muß. Diese Einschränkung darf aber nur obligatorischer Natur sein und nicht den Umfang treffen, in welchem nach den vorbezeichneten Vorschriften des Entwurfes an den Trennstücken Eigenthum erworben wird; denn die Frage des Eigenthumserwerbes muß nach objektiven Merkmalen der zu erwerbenden Sachen geregelt werden, damit alle dritten Personen zu beurtheilen vermögen, ob Eigenthum erworben ist oder nicht. Es würde unzweckmäßig sein, die Frage des Eigenthumserwerbes von dem Umstande abhängig zu machen, ob die Trennung den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft entsprochen hat.

Im Uebermaße getrennte Früchte.

Das geltende Recht enthält nur Spezialbestimmungen darüber, inwieweit gewisse, gegen die Regeln einer ordentlichen Wirthschaft, also im Uebermaße getrennte Früchte dem Eigenthümer vorbehalten bleiben. Die Frage des Eigenthumserwerbes und die Frage der obligatorischen Erstattungspflicht des Nießbrauchers werden hierbei nicht genügend streng von einander getrennt[1]). Der

---

[1]) Windbrüche: Preuß. A. L. R. I, 21 § 33; code civil Art. 592; sächs. G. B. § 607; bayr. Entw. III Art. 231, 232; hess. Entw. II, 4 Art. 15. Abgetrennte Bäume, welche nicht zur regelmäßigen Holznutzung bestimmt sind: Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 35, 36; sächs. G. B. § 608; bayr. Entw. III Art. 233, 240 Abs. 3; hess. Entw. II, 4 Art. 17.

Entwurf stellt einen allgemeinen Begriff der im Uebermaße getrennten Früchte auf und scheidet scharf das dingliche und das obligatorische Rechtsverhältniß.

Die Definition der im Uebermaße getrennten Früchte hat diejenigen Früchte zu begreifen, welche nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft nicht getrennt sein würden. Ob die Trennung durch eine Handlung des Nießbrauchers, durch einen Zufall oder durch die für den Nießbraucher auch einen Zufall bildende Handlung eines Dritten geschehen ist, bleibt gleichgültig. Eine dem wirthschaftlichen Zwecke der Sache nicht entsprechende Trennung liegt auch dann vor, wenn die Trennung selbst zwar wirthschaftlich nicht zu beanstanden, aber die Nothwendigkeit der Trennung durch einen Zufall, z. B. durch verheerenden Raupenfraß in einem Walde, herbeigeführt ist und ohne diesen Zufall die Trennung unwirthschaftlich gewesen sein würde.

Ersatz- und Kautionspflicht.

2. Der Inhalt der in § 988 Abs. 2 enthaltenen positiven Rechtsnorm geht dahin, daß es zwar bei dem nach den früheren Bestimmungen eintretenden Eigenthumserwerbe des Nießbrauchers belassen werden, der Nießbraucher jedoch verpflichtet sein soll, den Werth der Trennstücke zur Zeit der Trennung bei Beendigung des Nießbrauches zu erstatten und dieserhalb Sicherheit zu leisten. Da die Verbrauchbarkeit der Trennstücke nicht Voraussetzung des Eigenthumserwerbes und der mit demselben entstehenden Verbindlichkeit des Nießbrauchers ist und die Kautionspflicht anders als bei dem uneigentlichen Nießbrauche (§ 1020) stets eintreten soll, so kann man die Vorschrift nicht wohl dahin fassen, daß der Nießbraucher an den im Uebermaße getrennten Früchten uneigentlichen Nießbrauch erhalte. Der Grund der Vorschrift liegt nach dem unter Nr. 1 Gesagten darin, daß nach dem Zwecke des Nießbrauches eine dingliche Einschränkung materiell gerechtfertigt sein würde, jedoch mit Rücksicht auf die Klarhaltung des dinglichen Rechtsverhältnisses von einer Einschränkung des Eigenthumserwerbes abgesehen und nur eine obligatorische Ausgleichung bestimmt wird. Da durch eine solche Regelung dem Eigenthümer die dingliche Sicherheit, welche in dem Fortbestande seines Eigenthumes liegen würde, durch das Gesetz entzogen wird, so ist die Bestimmung der einfachen und bedingungslosen Kautionspflicht des Nießbrauchers gerechtfertigt.

Ausnahme.

3. In dem zweiten Satze des § 988 Abs. 2 wird eine Ausnahme von der vorhergehenden Rechtsnorm bestimmt. Das Vermögen des Nießbrauchers wird zwar im Augenblicke der Trennung um den Werth der im Uebermaße getrennten Früchte vermehrt, und wenn unmittelbar nach der Trennung der Nießbrauch beendigt würde, so müßte es bei dem Umfange der bestimmten Erstattungspflicht verbleiben. Derselbe Umstand, welcher dem Nießbraucher die Trennstücke zufallen ließ, kann jedoch den künftigen Ertrag der Sache mindern, sei es nun, daß die Fruchterzeugung gemindert wird, oder daß behufs derselben Aufwendungen zu machen sind, welche sonst nicht hätten gemacht zu werden brauchen. Besteht der Nießbrauch an der Sache nach dem Erwerbe der im Uebermaße getrennten Früchte fort, so kann sich die Berechnung des dem Nießbraucher zugefallenen übermäßigen Ertrages ändern; denn bei dieser Berechnung muß auf die gesammte Dauer des Nießbrauches Rücksicht genommen werden. Es ist billig, daß die doppelten Wirkungen der den übermäßigen Fruchtgenuß herbeiführenden Thatsache, zu Vortheil und zu Nachtheil des Nießbrauchers,

gegeneinander ausgeglichen werden und nur die Zahlung des Mehrvortheiles dem Nießbraucher auferlegt wird. Vielleicht würde das Mehr an Früchten, z. B. die durch Windbruch umgelegten, in den nächsten Jahren schlagbar werdenden Bäume, dem Nießbraucher doch zugefallen sein und ist dessen Genuß nur verfrüht, welchenfalls es sich nicht rechtfertigt, den Kapitalbetrag des Mehr von dem Nießbraucher erstatten zu lassen. Die Minderung des zu erstattenden Betrages tritt erst im Laufe der Zeit ein; folglich ist die Sicherheit für den ursprünglichen Betrag zu leisten; später kann eventuell die Herabsetzung derselben gefordert werden.

4. Die Vorschriften des ersten und des letzten Absatzes des § 988 sind erläuternden Inhaltes.

Fortsetzung des N. an getrennten Bestandtheilen.

a) Der erste Absatz enthält, ebenso wie § 898, nur eine Konsequenz aus dem mittelbar durch Aussprechung einzelner Konsequenzen klargestellten Prinzipe, daß die Zerlegung der Sache die an derselben bestehenden Rechte nicht berührt und an den Trennstücken fortbestehen läßt. Das Aussprechen der Konsequenz aus diesem Prinzipe erleichtert das Verständniß des Folgenden. Daß bei dem Tode eines Thieres der Nießbrauch an dem Kadaver fortbesteht, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Wenn die Zerlegung der Sache ohne Einfluß bleibt, so muß noch viel mehr deren organische Veränderung ohne Einfluß bleiben[1]).

Haftung aus Delikt.

b) Die Vorschrift des letzten Absatzes soll dem Mißverständnisse vorbeugen, daß, weil das Gesetz den Eigenthumserwerb des Nießbrauchers an den im Uebermaße getrennten Früchten nicht beschränke, die Handlung des Nießbrauchers, welche diesen Erwerb herbeiführe, das Recht des Eigenthümers nicht verletze und den Nießbraucher nicht haftbar mache.

§ 989.

Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandtheilen.

1. Der § 989 handelt von derjenigen Gestalt des Nießbrauches an Grundstücken, bei welcher die dem Nießbraucher zufallenden Früchte nicht in Erzeugnissen, sondern in der sonstigen Ausbeute des Grund und Bodens, also in Bodenbestandtheilen bestehen.

Der Entwurf geht von dem Prinzipe aus, daß die Ausübung des Nießbrauches nicht an die Schranke der Konservirung des Kapitalwerthes des demselben unterliegenden Gegenstandes, sondern nur an die im § 991 bestimmte Schranke des wirthschaftlichen Verfahrens gebunden ist, wobei immer möglich bleibt, daß der Kapitalwerth des Gegenstandes des Nießbrauches durch dessen Ausübung aufgezehrt wird. Bei der Begrenztheit der Ausbeutungsfähigkeit der dem Nießbrauche unterliegenden Grundstücke kann deshalb mit der Entnahme von Bodenbestandtheilen eine Verschlechterung des Grundstückes und eine Minderung des Werthes desselben verbunden sein, ohne daß dieser Umstand der sonst zulässigen Benutzungsweise entgegensteht. Dieses aus dem

[1]) Vergl. code civil Art. 616; sächs. G. B. § 615; bayr. Entw. III Art. 241; hess. Entw. II, 4 Art. 42.

gesetzlichen Fruchtbegriffe (§ 792) sich ergebende Resultat wird an dieser Stelle in Ansehung des Nießbrauches nicht abgeändert. Durch die Vorschrift des § 792 Nr. 1 wird nur gefordert, daß die objektive Beschaffenheit des dem Nießbrauche unterworfenen Grundstückes die Bestimmung desselben ergiebt, mittels Entnahme von Bodenbestandtheilen genutzt zu werden. Subjektive Rücksichten auf die Art und das Maß der bisherigen Benutzungsweise des Eigenthümers sind nicht zu nehmen und können auch nicht zu einer obligatorischen Einschränkung der Befugnisse des Nießbrauchers führen, da es willkürlich und volkswirthschaftlich wenig wünschenswerth erscheinen würde, wenn man den Nießbraucher auf die vielleicht wenig zweckmäßige Verfahrensweise des Eigenthümers beschränken wollte. Dagegen scheint eine Erweiterung der aus den allgemeinen Bestimmungen sich ergebenden Befugnisse des Nießbrauchers geboten. Voraussetzung für die Ausbeutungsbefugniß des Nießbrauchers ist die objektive Beschaffenheit der Sache, welche dieselbe als zur Gewinnung einer Ausbeute an Bodenbestandtheilen bestimmt erscheinen läßt. Es fragt sich, ob der Nießbraucher diese Voraussetzung durch Veränderungen an dem Grundstücke selbst schaffen oder ob nur der Eigenthümer eine solche Verfügung mit Wirksamkeit treffen könne. Der Entwurf entscheidet diese Frage zu Gunsten des Nießbrauchers und stellt durch den Schlußsatz die von dem Nießbraucher aus den neu eingerichteten Anlagen gewonnene Ausbeute unter den Fruchtbegriff[1]). Die Grenze dieser Befugniß des Nießbrauchers bestimmt der Entwurf nach dem Interesse des Eigenthümers, die Sache im Wesentlichen unverändert zurückzuerhalten.

Bergrechtliche Bestimmungen.

2. Soweit die Befugniß zur Gewinnung gewisser Fossilien, deren Gewinnung dem Eigenthümer durch die Berggesetze nicht entzogen ist, nicht als selbständiges den Gegenstand des Nießbrauches bildendes Recht in Frage kommt, es sich vielmehr nur darum handelt, in welchem Umfange der Nießbraucher einen Betrieb auf Gewinnung von Fossilien fortsetzen oder neu eröffnen kann, werden die Vorschriften des § 989 auch bei bergmännischer Ausbeutung von Mineralien, welche der Verfügung des Grundeigenthümers nicht entzogen sind, Anwendung leiden. Soweit hingegen das Recht auf die Gewinnung gewisser Mineralien dem Grundeigenthümer durch die Berggesetze entzogen ist, kann nur das Recht auf die Gewinnung der fraglichen Mineralien als selbständiger Gegenstand des Nießbrauches in Betracht kommen. Das Gleiche tritt ein, wenn das Recht auf den Abbau von Fossilien, insbesondere eine Kohlenabbaugerechtigkeit des sächs. Rechtes als selbständige Berechtigung bestellt werden konnte und bestellt worden ist. Bezüglich dieser Fälle des Nießbrauches an einem Rechte muß hier auf die Bemerkungen zu § 1027 unter Nr. 2 verwiesen werden.

Erträge

3. Ueber den Antheil an der Ausbeute, welcher nach partikularen bergrechtlichen Bestimmungen dem Grundeigenthümer als solchem gebührt, enthält das preuß. Recht die besondere Bestimmung, daß dieser Antheil als Kapital zu

---

[1]) Sächs. G. B. § 609 Satz 2; vergl. bayr. Entw. III Art. 234; hess. Entw. II, 4 Art. 18.

behandeln ist[1]). Der Entwurf schweigt. Hieraus folgt, daß der Ertrag der sog. Erbkuxe oder die sog. Tradde nach der Regel des § 792 Nr. 2 als Frucht zu gelten hat[2]).

§ 990.

Schatz. Die Vorschrift ist zwar nur erläuternder Natur; ihre Aufnahme ist jedoch im Anschlusse an viele neuere Gesetzgebungen[3]) für rathsam zu erachten.

Gesetzliches Schuldverhältniß.

§ 991.

Erhaltung und Rückgewähr. 1. Wenn in Ansehung eines Schuldverhältnisses zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer nichts vorgeschrieben würde, so würden die Verbindlichkeiten des ersteren gegenüber dem letzteren nach den Vorschriften über die Vindikation, über die Haftung aus Delikt und über die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung sich bestimmen. Das geltende Recht begnügt sich nicht mit dem Ergebnisse der bezeichneten allgemeinen Vorschriften, sondern bestimmt die Verpflichtung des Nießbrauchers, wirthschaftlich zu verfahren, für den wirthschaftlichen Bestand der Sache Sorge zu tragen und bei Beendigung des Nießbrauches die Sache in einem der Voraussetzung, daß der Nießbraucher seinen Pflichten nachgekommen ist, entsprechenden Zustande zu restituiren. Der Entwurf folgt dem geltenden Rechte. Der von ihm aufgestellte Begriff der Nutzungen (§ 793) und die sich anschließenden Spezialvorschriften der §§ 988, 989 enthalten keine Begrenzung der Befugnisse des Nießbrauchers in Ansehung der Behandlung der Sache und der thatsächlichen Verfügung über dieselbe behufs der Ziehung der Nutzungen. Es ist deshalb erforderlich, dem Nießbraucher die Einhaltung eines wirthschaftlichen Maßes vorzuschreiben und demselben eine Fürsorgepflicht aufzuerlegen, damit durch solche Vorschriften obligatorischer Natur die Befugnisse des Nießbrauchers dem Rechte des Eigenthümers gegenüber abgegrenzt werden. Die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers ist besonders zu bestimmen, weil diese Verpflichtung auch schon während des Bestehens des Nießbrauches ihre Wirkung äußert (vergl. § 1004). Dieselbe geht auf die Erhaltung des wirthschaftlichen Bestandes, nicht aber in aller Strenge auf die Erhaltung des körperlichen Zustandes der Sache, welcher bei dem Beginne des Nießbrauches bestand (vergl. § 1007 Abs. 1); ebensowenig ist der Nießbraucher verpflichtet, für die Erhaltung des Kapitalwerthes der Sache Sorge zu tragen und den ihm zufallenden Reingewinn so zu beschränken, daß zunächst der Abbruch am Kapitalwerthe ergänzt wird.

Wirthschaftliches Verfahren. Der Entwurf geht davon aus, daß das wirthschaftlich Gebotene sich durch die Anwendung der Regeln einer guten Wirthschaft auf die objektiven Ver-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 37.

[2]) Sächs. G. B. § 609; vergl. bayr. Entw. III Art. 234 Abs. 3.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 41; code civil Art. 598; sächs. G. B. § 606; österr. G. B. § 511; ital. G. B. § 495; niederl. G. B. Art. 824.

hältnisse bestimmt. Es wird nicht, wie in einigen Gesetzeswerken in Ansehung der Waldnutzung vorgeschrieben zu sein scheint[1]), eine Rücksichtnahme subjektiver Natur auf das bisherige Verfahren des Eigenthümers gefordert. Hat dieses Verfahren nicht die Regeln einer guten Wirthschaft für sich, so würde eine Bindung des Nießbrauchers an dasselbe zu einer unnöthigen und drückenden Fessel werden. Einer Hinweisung auf die verschiedenen wirthschaftlichen Gebiete, für welche sich wirthschaftliche Regeln gebildet haben und in thatsächlicher Anerkennung stehen — Landwirthschaft, Forstwirthschaft, Weinkultur, Bergbau —, bedarf es nicht.

Wie der Nießbraucher nicht an die frühere Wirthschaftsmethode des Eigenthümers gebunden ist, so ist er diesem gegenüber zur Aushaltung der laufenden Mieth- und Pachtverträge nicht verpflichtet, soweit dies nicht besonders vereinbart ist[2]). Der Schutz des Miethers oder Pächters im Falle der Veräußerung oder Belastung des vermietheten oder verpachteten Grundstückes, welcher sich aus §§ 509—512, 532, 537 ergiebt, wird durch die Vorschriften des vorliegenden Abschnittes nicht berührt. Die Anwendbarkeit der zitirten Paragraphen im Falle der Beendigung des Nießbrauches ist in § 1008 bestimmt.

Entstehung der Legalobligation.

2. Voraussetzung für die Entstehung der Legalobligation des Nießbrauchers ist nach dem Entwurfe die Begründung des Nießbrauches. Auf einen Realkontrakt kann man die Haftung des Nießbrauchers nicht wohl zurückführen; denn in den Fällen, in welchen das Recht des Nießbrauchers ohne gleichzeitige Erlangung der Inhabung zur Entstehung gelangt ist, muß jedenfalls mit der späteren Erlangung der Inhabung die besondere Haftung des Nießbrauchers beginnen, ohne daß eine vertragsweise Ueberlassung der Inhabung vorzuliegen braucht und ohne daß ein gegen den Nießbraucher geübter Zwang zur Uebernahme einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit nothwendig ist. Außerdem würde, wenn man den Eintritt der Haftung des Nießbrauchers auf eine vertragsmäßige Uebergabe der Sache zum Zwecke des Nießbrauches stützen wollte, diese Haftung nur gegenüber derjenigen Person eintreten, von welcher der Nießbraucher die Sache empfangen hat, mag dieselbe der Eigenthümer der Sache sein oder nicht, und es würde auch nichts darauf ankommen, ob der Nießbrauch gültig bestellt ist. Hier wie bei dem Pfandrechte an beweglichen Sachen (vergl. die Bemerkungen zu § 1156) geht der Entwurf davon aus, daß das besondere Schuldverhältniß mit der Begründung des die Sache belastenden Rechtes zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer entsteht. Zweifelhaft kann nur erscheinen, ob man die Verbindlichkeit zur Erhaltung und künftigen Rückgewähr schon vor der Erlangung der Inhabung der Sache als vorhanden ansehen könne. Es erhebt sich das Bedenken, daß an die Existenz des reinen Rechtes, vor einer jeden Verwirklichung desselben, eine Verbindlichkeit geknüpft wird und damit das Recht zu einer dem Berechtigten gegen dessen Willen

---

[1]) Code civil Art. 591; bayr. Entw. III Art. 231; vergl. sächs. G. B. § 607; preuß. A. L. R. I, 21 § 32; hess. Entw. II, 4 Art. 14—16.

[2]) Im franz. Rechte wird dies zuweilen aus code civil Art. 584 Abs. 2 gefolgert; vergl. Zachariä I § 227 Note 14.

auferlegten Last werden kann. Es ist indessen zu berücksichtigen, daß praktisch eine Haftung des Nießbrauchers vor der Erlangung der Inhabung der Sache kaum vorkommen kann; denn bei beweglichen Sachen ist die Uebergabe der Sache Erforderniß der Begründung des Nießbrauches und bei Grundstücken wird eine Haftung des nicht in die Inhabung des Grundstückes gelangten Nießbrauchers für Erhaltung und Rückgewähr regelmäßig mit Erfolg nicht geltend gemacht werden können, weil in den meisten Fällen der Eigenthümer in der Inhabung des Grundstückes sich befinden oder doch verpflichtet sein wird, dem Nießbraucher die Inhabung zu verschaffen. Für die seltenen noch übrigen Fälle (Inhabung eines Dritten ohne nebenhergehende obligatorische Verpflichtung des Eigenthümers) kann dahingestellt bleiben, ob der Nießbraucher verpflichtet ist, die Inhabung sich zu verschaffen und hierdurch die nothwendigen Voraussetzungen für die Erfüllung seiner Erhaltungs- und Rückgewährspflichten herbeizuführen. Auch im geltenden Rechte ist diese Frage nicht entschieden.

Eigenthumsbeweis des Bestellers.

Da die Gläubigerschaft von dem Eigenthume abhängt, so wird bei Geltendmachung der Ansprüche aus der Legalobligation das Eigenthum zu beweisen sein. Ueber die Führung dieses Beweises gegenüber demjenigen Nießbraucher, welcher die beweglichen Sachen von dem Beweispflichtigen zu Nießbrauch übergeben erhalten hat, ist das zu § 825 Bemerkte zu vergleichen. Im Falle eines Wechsels des Eigenthumes während der Dauer des Nießbrauches wird in Ansehung der Frage, wem die gegen den Nießbraucher zur Entstehung gelangenden persönlichen Ansprüche zustehen, ein Aehnliches zu gelten haben, wie für die persönlichen Ansprüche mit dinglicher Basis bei der Vindikation (vergl. S. 395, 396).

Daraus, daß bei der Legalobligation der Eigenthümer als solcher und der Nießbraucher als solcher Gläubiger bezw. Schuldner sind, ergiebt sich, daß die Legalobligation den Inhalt des Nießbrauches bestimmt und abgrenzt. Die Nichterfüllung der Legalobligation ist eine Verletzung des Eigenthumes. Der aus einer solchen Nichterfüllung sich entwickelnde obligatorische Anspruch ist denjenigen Ansprüchen zu vergleichen, welche nach §§ 931—933 aus einer von dem Besitzer gegenüber dem Vindikanten in Ansehung der Sache begangenen Pflichtverletzung sich ergeben. Hieraus wird auch zu entnehmen sein, inwieweit ein sonstiger Realinteressent Verletzungen der Legalobligation und damit auch *seines* Rechtes seitens des Nießbrauchers geltend machen kann.

§§ 992, 993.

Inventar.

Die herrschende gemeinrechtliche Meinung geht davon aus, daß die Sicherung des Beweises darüber, welche Gegenstände und in welchem Zustande dieselben zu Nießbrauch gegeben und empfangen seien, Sache der Betheiligten bleibe, ohne daß in dieser Beziehung eine Besonderheit gelte. Das sächs. G. B. beläßt es hierbei. In anderen Gesetzgebungen findet sich eine allgemeine Verpflichtung des Nießbrauchers zur Aufnahme eines Inventares mit Beschreibung des Zustandes der Sache; an die Nichterfüllung dieser Verpflichtung wird

meistens der Rechtsnachtheil der Vermuthung geknüpft, daß der Nießbraucher die Gegenstände gut und vollständig empfangen habe[1]).

Der Entwurf bestimmt weder eine solche allgemeine Inventarisationspflicht des Nießbrauchers, noch einen Beweisnachtheil für den Fall der Nichterfüllung derselben. Die Sicherung des Beweises bleibt der Regel nach Sache eines jeden Betheiligten; demselben kommen hierbei die Vorschriften des Entwurfes über die Quittungspflicht (§§ 269, 270) und die Bestimmungen der C. P. O. über Sicherung des Beweises (§§ 447 ff.) und über die Feststellungsklage (§ 231) zu Statten. Dies schließt jedoch nicht aus, daß für den Fall des Nießbrauches einige Besonderheiten bestimmt werden, insoweit ein Bedürfniß hierzu ersichtlich ist. In folgenden Beziehungen erachtet der Entwurf ein solches Bedürfniß für vorliegend:

Feststellung des Zustandes der Sache

1. Der Eigenthümer hat bei Beendigung des Nießbrauches zu beweisen, in welchem Zustande der Nießbraucher die Sache empfangen hat. Hieraus können für beide Theile Uebelstände entstehen. Der dem Eigenthümer obliegende Beweis wird um so schwieriger sein, je länger der Nießbrauch bestanden hat, während der Nießbraucher in die Gefahr geräth, sich gegen Beweisführungen vertheidigen zu müssen, deren Widerlegung wegen Länge der Zeit und wegen Verdunkelung der einer fernen Vergangenheit angehörenden Thatsachen ihm nicht zu gelingen droht. Deshalb müssen beide Theile das Recht haben, die Feststellung des Zustandes der Sache nach dem Vorgange des H. G. B. Art. 348, 365, 407 und 609 im Wege einer Art von Beweisaufnahme zu ewigem Gedächtnisse in vereinfachter Weise herbeizuführen, ohne daß die in § 447 der C. P. O. bestimmten Voraussetzungen vorzuliegen brauchen. Kompetenz und Verfahren lassen sich ohne Schwierigkeit reichsgesetzlich ordnen, wodurch der Vortheil erreicht wird, daß ein Eingreifen der Landesgesetze erspart bleibt. In dem letzten Absatze des § 13 des Einf. Ges. zur C. P. O. sind Bestimmungen über das Verfahren in den Fällen der Art. 348, 365, 407 des H. G. B. gegeben. An diese Bestimmungen kann man sich mit einigen Modificationen anschließen. Die geeignete Behörde ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die zu untersuchende Sache sich befindet. Ebenso wie in den Fällen der angeführten Artikel des H. G. B., genügt es, das gerichtliche Verfahren auf die Erhebung des Beweises durch Sachverständige zu beschränken; eine weitergehende Beweiserhebung durch Augenschein ꝛc. zuzulassen, ist kein Bedürfniß. In § 452 der C. P. O. und in Art. 609 des H. G. B. wird die Zuziehung der Gegenpartei, nach dem H. G. B. aber nur der ortsanwesenden Gegenpartei, vorgeschrieben, soweit die Umstände eine solche Zuziehung gestatten. Der Entwurf schließt sich der Vorschrift der C. P. O. an. Die Feststellung kann zu jeder Zeit, nicht blos bei dem Beginne des Nießbrauches, verlangt werden. Eine zeitliche Beschränkung würde mit dem Zwecke der Bestimmung nicht vereinbar sein. Die Kosten der Feststellung müssen dem Extrahenten zur Last bleiben, da ein genügender Grund nicht vorliegt, dieselben als eine gemeinschaftliche Last zu behandeln.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 112—123; code civil Art. 600; vergl. bayr. Entw. III Art. 249; hess. Entw. II, 4 Art. 31.

Digitized by Google

Inventarisation bei Vermögensinbegriffen.

2. Bei dem Nießbrauche an einem Inbegriffe von Vermögensgegenständen besteht eine ähnliche Beweisschwierigkeit, wie solche allgemein in Ansehung der Beschaffenheit der Sache stattfindet, auch in Ansehung des Bestandes der Mehrheit von Gegenständen, aus denen der Inbegriff sich zusammensetzt. Doch besteht diese Schwierigkeit nur für den Eigenthümer und das geeignete Mittel, derselben zu begegnen, ist deshalb darin zu finden, daß dem Nießbraucher eine Geständnißpflicht auferlegt wird. Dem Interesse des Eigenthümers wird durch die Mittheilung eines schriftlichen Verzeichnisses über den Bestand genügt. Zur Vollständigkeit des Geständnisses ist die Datirung der Erklärung über den Bestand erforderlich. Indem dem Nießbraucher die Mittheilung eines schriftlichen Verzeichnisses zur Pflicht gemacht wird, wird zugleich ausgedrückt, daß der Nießbraucher diese Verpflichtung auf eigene Kosten zu erfüllen habe. Dem Eigenthümer wird durch § 993 Satz 2 offen gelassen, die öffentliche Beglaubigung der Urkunde auf seine Kosten herbeizuführen. Eine besondere Verpflichtung des Nießbrauchers zur Auskunftsertheilung und damit nach § 777 zur Leistung des Offenbarungseides wird nicht bestimmt, muß sich vielmehr nach Lage des einzelnen Falles aus anderen Rechtsnormen ergeben. Im Anschlusse an § 777 ist neben dem Inbegriffe von Vermögensgegenständen auch der Bruchtheil eines solchen erwähnt; selbstverständlich bleibt in diesem Falle die Inventarisirungspflicht des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer ausgeschlossen, wenn eine gemeinsame Benutzung durch diese Personen stattfindet.

§§ 994, 995.

Veränderungen der Sache.

Die Art und Weise, wie der Nießbraucher die Sache gebraucht, ist gleichgültig, wenn der Gebrauch auf die Sache selbst eine verändernde Wirkung nicht ausübt. Dagegen setzt bei Einwirkungen, welche eine Veränderung der Sache herbeiführen, die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers eine Grenze, welche in Ergänzung der allgemeinen Vorschrift des § 991 in § 994 näher bestimmt wird durch das Gebot der Erhaltung der wirthschaftlichen Bestimmung der Sache und durch das Verbot der Umgestaltung und wesentlichen Veränderung derselben (vergl. § 989)[1]).

Wiederherstellung.

Die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes der Sache, welche auch während der Dauer des Nießbrauches geltend gemacht werden kann, ist in § 995 ausdrücklich bestimmt, damit zweifellos sei, daß die Verbindlichkeit des Nießbrauchers auf die Restitution gehe, ohne daß darauf etwas ankommt, ob durch die Veränderung ein Schaden gestiftet ist.

§ 996.

Eingriffe eines Dritten.

1. Maßt ein Dritter ein Recht an der Sache sich an oder wird dieselbe zerstört oder beschädigt, so muß der Nießbraucher verpflichtet sein, die er-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 25; sächs. G. B. § 611; bayr. Entw. III Art. 335. hess. Entw. II, 4 Art. 26. Der code civil hat keine ausdrückliche Bestimmung, doch wird aus der Konservirungspflicht (Art. 578) das Nöthige gefolgert.

forderlichen Schritte zu thun, damit der Eigenthümer in den Stand gesetzt werde, sein Interesse zu wahren. Den Schaden selbst auszubessern ist der Nießbraucher nur nach Maßgabe des § 998 Abs. 1 verpflichtet. Im Namen und für Rechnung des Eigenthümers zu handeln, ist er nicht befugt. Es kann ihm deshalb nur eine Anzeigepflicht auferlegt werden. Eine solche Anzeigepflicht wird durch das Interesse des Eigenthümers gefordert; sie pflegt im geltenden Rechte, wenn sie auch nicht ausdrücklich bestimmt ist[1]), aus der Erhaltungspflicht abgeleitet zu werden; es ist aber rathsam, sie nach dem Vorbilde der Anzeigepflicht des Miethers (§ 519) ausdrücklich vorzuschreiben, weil die Ableitung derselben aus der Erhaltungspflicht kaum gerechtfertigt sein möchte. Ueber die besondere Anzeigepflicht bei Nothwendigwerden von Reparaturen vergl. § 998 Abs. 2.

Anzeigepflicht des Nießbrauchers.

2. Wenn keine Besonderheiten bestimmt werden, so bleiben die Rechtspositionen des Eigenthümers und des Nießbrauchers dritten Personen gegenüber vollständig von einander getrennt. Bei Verletzung des absoluten Rechtes des einen und des anderen Theiles durch dieselbe Handlung eines Dritten steht jedem Theile ein nach dem Inhalte seines Rechtes sich bestimmender besonderer Anspruch zu; die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles beschränkt sich nach § 192 auf die Parteien; eine Stellvertretung des Eigenthümers durch den Nießbraucher findet nicht statt; die Prozeßführung ist nicht eine gemeinschaftliche Angelegenheit und die Prozeßkosten können nicht unter den Gesichtspunkt von Lasten der Sache oder unter den Gesichtspunkt von Aufwendungen im gemeinschaftlichen Interesse gestellt werden. In einigen partikularen Zwangsenteignungsgesetzen, für deren Aufrechterhaltung auch nach dieser Richtung im Einführungsgesetze Sorge getragen werden wird, ist der Vereinfachung wegen bestimmt, daß der Nießbraucher sein Interesse nicht besonders zu liquidiren hat, sondern daß für ihn die an den Eigenthümer zu leistende Entschädigung an die Stelle der Sache tritt. Man könnte daran denken, diese Vereinfachung zu verallgemeinern und ein Aehnliches in allen Fällen eintreten zu lassen, in denen ein Dritter sowohl dem Eigenthümer als dem Nießbraucher oder einem sonstigen Realinteressenten wegen Entziehung, Zerstörung oder Beschädigung der Sache Ersatz zu leisten hat. Eine solche Surrogirung der Ersatzforderung des Eigenthümers an Stelle der Sache kann unter Umständen den Realinteressenten benachtheiligen, z. B. den Nießbraucher, welcher nach Art des Gegenstandes seines Rechtes zur Abnutzung und zum Verbrauche desselben befugt gewesen wäre. Der Entwurf lehnt deshalb das Surrogationsprinzip ab. Die Schwierigkeiten der Liquidation, insbesondere wegen Unbestimmtheit der Dauer eines Realrechtes, welche bei Ablehnung des Surrogationsprinzipes sich ergeben, sind bei der freien richterlichen Beweiswürdigung nicht von hinreichend großer Bedeutung, um Bestimmungen anomalen und mit dem geltenden Rechte nicht im Einklange stehenden Inhaltes zu rechtfertigen.

Ansprüche gegen den Dritten.

Besonderheiten über die Wirkung der Rechtskraft des Urtheiles werden wegen der zwischen Nießbraucher und Eigenthümer obwaltenden Interessengemeinschaft ebensowenig zu bestimmen sein, wie für den entsprechenden Fall

[1]) Vergl. code civil Art. 614; bayr. Entw. III Art. 239 Abs. 2.

bei dem Miteigenthume; die Gründe, welche zu der Bestimmung einer Ausnahme von der Regel des § 192 Abs. 1 in Ansehung der für und gegen einen Vorerben ergangenen Urtheile geführt haben, treffen im vorliegenden Falle nicht zu. Auch über die Tragung der Kosten von Prozessen, an deren Ausgang beide Theile ein Interesse haben, ist nichts Besonderes zu bestimmen[1]).

Erhaltungskosten.

§§ 997—1000.

Pflichten des Nießbrauchers

In § 991 ist dem Nießbraucher die Verpflichtung zur Sorge für die Erhaltung der Sache auferlegt. Wenn es sich auch von selbst versteht, daß derjenige, welchem das Gesetz eine Verpflichtung auferlegt, die Erfüllung dieser Verpflichtung aus eigenen Mitteln zu bewirken hat, so ist doch die Verpflichtung der Sorge für die Erhaltung ihrem Inhalte nach nicht näher bestimmt und bedarf der näheren gesetzlichen Bestimmung des Leistungsgegenstandes.

1. In § 997 wird die Regel vorausgeschickt, daß der Nießbraucher nicht nur die zur Konservirung erforderlichen Handlungen vorzunehmen hat, sondern daß er sie auch auf eigene Kosten vorzunehmen hat. Diese Bestimmung verdeutlicht die Vorschrift des § 991 und dient zum besseren Verständnisse des Folgenden, empfiehlt sich auch deshalb, weil es sich um Verwendungen auf eine fremde Sache handelt (vergl. § 540) und deshalb leicht das Mißverständniß entstehen könnte, der Nießbraucher sei nur zu der Besorgung eines fremden Geschäftes verpflichtet.

2. In § 998 wird dem geltenden Rechte entsprechend die Regel der Erhaltungspflicht eingeschränkt und die Art der dem Nießbraucher obliegenden Thätigkeit bestimmt, falls die Regel nicht Platz greift.

bei gewöhnlichen Reparaturen,

a) Der Entwurf unterscheidet gewöhnliche und außergewöhnliche Reparaturen (vergl. § 540) und legt dem Nießbraucher nur die Tragung der ersteren auf. Dies entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[2]). Das Prinzip der Konservirung des Kapitalwerthes ist, wie schon früher hervorgehoben, von dem Entwurfe nicht angenommen und praktisch nicht durchführbar.

Eine nähere Bezeichnung der Hauptreparaturen an Gebäuden, wie solche im franz. Rechte und den demselben folgenden Gesetzgebungen versucht wird, ist ohne Nutzen. Man wird überhaupt eine Unterscheidung zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen aus denselben Gründen für nicht haltbar zu erachten haben, aus denen eine solche Unterscheidung von dem Entwurfe bei dem Besitzprozesse und bei dem negatorischen Anspruche (vergl. S. 117, 423, 424) abgelehnt ist. Auf eine Verdeutlichung des Begriffes der gewöhnlichen und der

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 21 §§ 82 ff.; code civil Art. 613; ital. G. B. Art. 510, 511; niederländ. G. B. Art. 848, 849; hess. Entw. II, 4 Art. 47.

[2]) Sächs. G. B. § 612; code civ. Art. 606; ital. G. B. Art. 504; niederländ. G. B. Art. 841; bayr. Entw. III Art. 237; hess. Entw. II, 4 Art. 39.

außergewöhnlichen Reparaturen muß das Gesetz verzichten. Gemeint sind mit dem ersteren Ausdrucke die im Laufe der Dinge regelmäßig, und zwar in kürzeren Perioden, wiederkehrenden Ausbesserungen und Wiederherstellungen. Die Herbeiführung des Bedürfnisses durch einen Zufall schließt dabei die Reparaturpflicht des Nießbrauchers nicht aus, sobald solche Zufälle in Frage stehen, deren man sich im Laufe der Dinge von Zeit zu Zeit wohl zu versehen hat. Es ist deshalb auch möglich, daß bei Beschädigungen der Sache durch dritte Personen die stärkere Verpflichtung des § 998 Abs. 1 und nicht die schwächere Verpflichtung des § 996 eintritt. Der Umfang der nothwendigen Ausbesserung wird bei der Beurtheilung der Gewöhnlichkeit nicht außer Rücksicht zu lassen sein. Man kann aber nicht, wie im preuß. Rechte[1]), einen prinzipiellen Anhaltspunkt für die Beurtheilung der Reparaturpflicht in dem Verhältnisse des Kostenbetrages einer nothwendig werdenden Maßregel zu dem oft wechselnden und von Zufälligkeiten abhängenden Ertrage der Sache für eine gewisse Periode finden.

Eine Hinweisung im Gesetze darauf, daß die deliktmäßige Haftung des Nießbrauchers zur Wiederherstellung der von ihm beschädigten Sache unberührt bleibt, bedarf es nicht.

bei außergewöhnlichen Reparaturen.

b) Bei den außergewöhnlichen Reparaturen bleibt, wenn auch die Verpflichtung zu materiellen Leistungen wegfällt, die Anzeigepflicht. Eine Besorgungspflicht, wie solche im hess. Entwurfe bestimmt wird, kann man nicht annehmen. Daneben erscheint es erforderlich, zu bestimmen, daß der von dem Bedürfnisse einer ungewöhnlichen Reparatur unterrichtete Eigenthümer dieselbe vorzunehmen berechtigt sei, weil das Zustehen einer solchen Befugniß sonst wegen des Rechtes des Nießbrauchers auf die Inhabung der Sache bestritten werden könnte. Da indessen dem Interesse des Eigenthümers kein Abbruch geschieht, wenn der Nießbraucher selbst reparirt, so ist die Anzeige- und Duldungspflicht des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer davon abhängig gemacht, daß der Nießbraucher nicht selbst repariren will. Bewirkt der Nießbraucher selbst die Reparatur, so bestimmt sich sein Recht auf Ersatz nach § 1010. Einen Anspruch darauf, daß der Eigenthümer die außergewöhnlichen Reparaturen bewirke, hat der Nießbraucher nicht.

insbesondere an einem Grundstücke.

3. Wenn auch der Eigenthümer nicht mit der Verpflichtung belastet werden kann, außergewöhnliche Reparaturen aus eigenen Mitteln zu beschaffen, so wird er doch nicht dadurch beschwert, daß dem Nießbraucher eines Grundstückes zum Zwecke der Wiederherstellung die Verwendung von Bestandtheilen des Grundstückes gestattet wird, welche nicht zu den demselben gebührenden Früchten gehören. Eine solche Benutzung der Bestandtheile des Grundstückes liegt wirthschaftlich am nächsten, vereinfacht die Auseinandersetzung zwischen Nießbraucher und Eigenthümer und kann unter den Begriff einer nicht verbotenen Veränderung gestellt werden. Ueberläßt der Nießbraucher dem Eigenthümer die Reparatur, so muß dieser die gleiche Veränderungsbefugniß haben. Soweit der Nießbraucher selbst reparaturpflichtig, also Schuldner ist, darf derselbe selbstverständlich nicht behufs Erfüllung seiner Schuld auf Bestandtheile des

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 52.

Grundstückes greifen, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören. Ebenso selbstverständlich ist es, daß der Nießbraucher die der Substanz des Grundstückes entnommenen Materialien in keinem Falle bei Liquidation von Verwendungen in Rechnung setzen darf[1]).

Ergänzung des Grundstücksinventares.

4. Ist das zur Benutzung eines Grundstückes dienende Inventar zusammen mit dem Grundstücke dem Nießbrauche unterworfen, so genügt die gewöhnliche Regelung der Reparaturpflicht nicht, um den wirthschaftlichen Bestand des zusammen mit dem Inventare ein Ganzes bildenden Grundstückes einigermaßen zu sichern. Soweit das Inventar aus verbrauchbaren Sachen besteht, ergeben sich keine Schwierigkeiten, da alsdann dem Nießbraucher als Eigenthümer der Inventargegenstände die erforderliche freie Verfügung zusteht und andererseits der Eigenthümer in Ansehung der Erhaltung des Inventares in seiner Vollständigkeit gesichert ist. Es liegt der Gedanke nicht fern, dem Nießbraucher an dem gesammten Inventare den Quasiususfruktus zu geben. Die Bestimmungen des preuß. Rechtes[2]) werden von der Doktrin in diesem Sinne ausgelegt. Diesem Auswege steht indessen das Bedenken entgegen, daß der Quasiususfruktus auf Sachen erstreckt wird, welche nicht unter dem Begriff der verbrauchbaren Sachen (§ 780) fallen, und daß die Sicherheit des Eigenthümers sich vermindert. Im Interesse des Eigenthümers und der Hypothekengläubiger (§ 1067 Ziff. 3) liegt es, daß das jeweilige Inventar nicht dem Nießbraucher gehört, sondern das Rechtsverhältniß des Grundstückes theilt. Dieses Resultat wird erreicht, wenn man im Anschlusse an die Vorschriften der §§ 535, 544 über das Verhältniß des Pächters zum Pachtinventare dem Nießbraucher die Befugniß giebt, thatsächlich und rechtlich über einzelne Stücke des Inventares zu verfügen, insoweit seine Verfügungen innerhalb der Grenzen der wirthschaftlichen Benutzung des Grundstückes sich halten, wenn ferner dem Nießbraucher die Ergänzungspflicht auferlegt wird, und wenn man endlich an die Thatsache, daß eine von dem Nießbraucher angeschaffte Sache dem Inventare einverleibt wird, den Uebergang des Eigenthumes auf den Eigenthümer des Grundstückes knüpft. Die Ergänzungspflicht entspricht dem geltenden Rechte[3]). Eine juristische Konstruktion der freien rechtlichen Verfügungsbefugniß des Nießbrauchers und des mit der Einverleibung in das Inventar verbundenen Eigenthumswechsels hat das Gesetz nicht zu geben.

Quasiususfruktus.

Verfügungsbefugniß des Nießbrauchers.

Ergänzungspflicht und Surrogirung der Ersatzgegenstände.

Nießbrauch an einem Vermögensinbegriffe.

5. Der Entwurf giebt die Vorschriften des § 1000 für den Fall, daß ein Grundstück mit einem zu dessen Benutzung dienenden Inventare Gegenstand des Nießbrauches ist. Es kann in Frage kommen, ob diese Vorschriften nicht einer Ausdehnung auf andere Fälle bedürfen, in denen ein Inbegriff von beweglichen Sachen, welche nicht mit einem Grundstücke als Inventar desselben im Zusammenhange stehen, Gegenstand des Nießbrauches ist. Den nächstliegenden Fall bildet der Nießbrauch an einer Heerde. Der Entwurf hat keine die Vorschriften des § 1000 ausdehnende Bestimmung aufgenommen. Wenn

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 60.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 17, 69, 121, 123.

[3]) Vergl. code civil Art. 590—594, 615, 616; sächs. G. B. § 612; bayr. Entw. III Art. 240.

ein Inbegriff beweglicher Sachen den Gegenstand des Nießbrauches bildet, welcher in seinem Bestande dem Wechsel unterworfen und nach wirthschaftlichen Grundsätzen in seinen Abgängen zu ergänzen ist, so muß zunächst der Wille der Betheiligten ermittelt werden, ob nicht ein uneigentlicher Nießbrauch und die Uebertragung des Eigenthumes auf den Nießbraucher beabsichtigt ist. Ist ein solcher Wille der Parteien, welcher alle Schwierigkeiten beseitigt, nicht anzunehmen, so bleibt nicht ausgeschlossen, das den Vorschriften des § 1000 zu Grunde liegende Prinzip als vereinbart anzusehen oder auch aus jener Vorschrift ein höheres Prinzip zu entnehmen und dasselbe im Wege der Rechtsanalogie auf nicht unmittelbar durch die beschlossene Vorschrift getroffene Fälle anzuwenden. Jedenfalls sind die Fälle des eigentlichen Nießbrauches an einem Inbegriffe beweglicher Sachen mit wechselndem und ergänzungsbedürftigem Bestande so selten und bieten der näheren Bezeichnung so viele Schwierigkeiten, daß besser von der Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung über diese Fälle abgesehen wird. Auch über den speziellen Fall des Nießbrauches an einer Heerde wird wegen der geringen praktischen Bedeutung desselben im Gesetze besser geschwiegen.

Außergewöhnlicher Abgang am Inventare.

6. Nach der hier gegebenen Vorschrift soll der Nießbraucher zur Ergänzung nur des gewöhnlichen Abganges an Inventarstücken verpflichtet werden, nicht aber die Gefahr außergewöhnlicher Unglücksfälle zu tragen haben. Soweit ein ordentlicher Hausvater gegen Gefahren der letzteren Art Versicherung zu nehmen pflegt, wird die im folgenden Paragraphen bestimmte Versicherungspflicht des Nießbrauchers praktisch, während eine solche Pflicht in Ansehung des gewöhnlichen Abganges selbstverständlich nicht besteht, da der Nießbraucher die Gefahr eines solchen Abganges trägt.

Versicherung der Sache gegen Unfälle.

§§ 1001, 1002.

Versicherungspflicht des Nießbrauchers.

1. Eine Versicherungspflicht des Nießbrauchers würde aus der allgemeinen Konservirungspflicht desselben, welche in § 991 bestimmt ist, nicht wohl hergeleitet werden können; denn die Konservirungspflicht verbindet den Nießbraucher nur zur Fürsorge für den Fortbestand der Sache, die Versicherung der Sache dient aber nicht dazu, die Sache zu erhalten, sondern an die Stelle eines Abbruches, welchen die Sache erleidet, eine Forderung treten zu lassen und so eine Verminderung des Vermögens abzuwenden[1]). Wenn gleichwohl der Entwurf eine Versicherungspflicht des Nießbrauchers bestimmt, so wird er dabei theils durch das öffentliche Interesse an der Beförderung der Versicherungen, theils durch eine billige Rücksicht auf den Eigenthümer geleitet. Da letzterer einstweilen keinen Vortheil von der Sache hat, so ist er thunlichst von

[1]) Im geltenden Rechte wird nur die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung der Versicherungsbeiträge berührt; vergl. Koch, Komm. zum preuß. A. L. R. I, 21 § 87 Note 73, Zachariä, franz. Civ. R. Bd. 2 § 228 Note 16, Seuffert's Arch. 15, 106, bayr. Entw. III Art. 244.

der Sorge um dieselbe zu befreien. Bei beweglichen Sachen würde der Eigenthümer auch kaum in der Lage sein, mit vollem Erfolge Versicherung zu nehmen, da er meist nicht in der Lage ist, die erforderlichen Angaben über den wechselnden Ort derselben zu machen.

Voraussetzung der Verpflichtung.

2. Als Voraussetzung der Verpflichtung des Nießbrauchers bestimmt der Entwurf, daß die Versicherungsnahme dem gewöhnlichen Verfahren eines ordentlichen Hausvaters mit Rücksicht auf den Gegenstand des Nießbrauches entspricht. Zugleich glaubt jedoch der Entwurf in Ansehung der Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr so weit gehen zu sollen, daß hier die bezeichnete Voraussetzung stets als vorliegend gelten soll.

Versicherungsinteresse.

3. Der Versicherungsvertrag setzt ein Interesse des Versicherten an dem Nichteintritte des Ereignisses voraus, auf welches die Versicherung sich bezieht. Die Verpflichtung des Nießbrauchers geht auf die Bewirkung einer Versicherung, durch welche zunächst das Interesse des Eigenthümers gedeckt wird und für diesen als Gläubiger eine Forderung an die Stelle der untergegangenen Sache oder des an derselben erlittenen Abbruches tritt, das Interesse des Nießbrauchers aber mittelbar Deckung erhält, indem nach § 1002 Abs. 1 für ihn die Forderung aus der Versicherung surrogirt wird. Die Versicherung eines weiter gehenden besonderen Interesses bleibt dem Nießbraucher unbenommen. Die Vorschriften des Versicherungsrechtes werden dem Nehmen einer solchen Versicherung auf den vollen Sachwerth seitens des Nießbrauchers nicht um deswillen entgegenstehen, weil das Nießbrauchsinteresse ein beschränkteres ist. Da der Nießbraucher bei Unterlassung der Versicherung selbst für den Schaden würde aufkommen müssen, so ist derselbe zum vollen Sachwerthe interessirt.

Surrogirung der Versicherungsgelder.

4. Die in § 1002 Abs. 1 bestimmte Rechtsnorm hat zur Voraussetzung, daß die belastete Sache zum vollen Sachwerthe von dem Nießbraucher oder von dem Eigenthümer, sei es nun vor oder nach Begründung des Nießbrauches, unter Versicherung gebracht worden ist. Ist nur das Eigenthumsinteresse deducto usufructu oder nur das Nießbrauchsinteresse versichert, so ist die Voraussetzung nicht erfüllt. Die Versicherung zum vollen Sachwerthe deckt im Wesentlichen auch das Interesse des Nießbrauchers, wenn die Versicherungsgelder für ihn an die Stelle der Sache treten. Da die Versicherungsgelder ein zur Surrogirung geeignetes Objekt sind, so wird in § 1002 Abs. 1 bestimmt, daß, wenn von dem einen oder dem anderen Betheiligten in einer das Interesse sowohl des Einen als des Anderen deckenden Weise, d. h. also durch Versicherung zum vollen Sachwerthe, Versicherung genommen ist, der Anspruch auf die Versicherungsgelder eventuell an die Stelle der Sache oder des an derselben erlittenen Abbruches treten soll. Diese gesetzliche Surrogirung wirkt dinglich, beschränkt also das Gläubigerrecht des Eigenthümers in Ansehung des Anspruches aus der Versicherung; nur kommen zu Gunsten des Versicherers nach § 1023 die zu Gunsten eines gutgläubigen debitor cessus lautenden Vorschriften zur Anwendung. So weit der Versicherer die Sachlage, daß die zum vollen Sachwerthe versicherte Sache mit einem Nießbrauche belastet war, bei dem Abschlusse des Versicherungsvertrages kannte oder später erfuhr, ist die Vorschrift des § 1002 jedenfalls auch ihm gegenüber von Wirksamkeit. Bei einer etwaigen Regelung des Versicherungsrechtes wird zu

prüfen sein, ob besondere Bestimmungen über den Fall der Versicherung einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache nöthig erscheinen.

Die Erhebung und die Verwendung der Versicherungsgelder sind, weil dieselben zur Ausgleichung eines am Kapitale erlittenen Abbruches dienen sollen, der Erhebung und Wiederanlegung eines Kapitales aus einer auf Zinsen ausstehenden Forderung zu vergleichen. Diese Aehnlichkeit rechtfertigt es, den Nießbrauch an dem Anspruche auf die Versicherungsgelder den Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungen, welche auf Zinsen ausstehen, zu unterstellen und auf diesem Wege zur Sicherung des Eigenthümers und des Nießbrauchers eine Art von Vergemeinsamung der Verfügungsgewalt herbeizuführen.

Verwendung der Versicherungsgelder.

5. Der in § 1002 Abs. 1 bestimmte Forderungsnießbrauch ist, soweit eine Wiederherstellung praktisch zweckmäßig ist, nur als ein Mittel und als ein Uebergangsstadium behufs Wiederherbeiführung des Sachnießbrauches in seinem früheren Umfange zu behandeln; denn der Sachnießbrauch und der Forderungsnießbrauch liefern verschiedene Erträge, indem der erstere unter Umständen dem Nießbraucher die Konsumtion im Wege der Abnutzung gestattet, unter Umständen aber auch geringere Erträge liefert als ein zinsbar angelegtes Kapital. Dem Zwecke, welcher bei Begründung des Sachnießbrauches obgewaltet hat, entspricht die thunliche Wiederherbeiführung des früheren Zustandes (§ 1002 Abs. 2). Eine gemeinschaftliche Ausführung der Wiederherstellung ist nicht zu bestimmen, da sie zu vielen Streitigkeiten Anlaß geben könnte. Dann wird dem Eigenthümer der Vorzug zu geben, demselben aber auch zugleich die Ueberlassung der Ausführung des Geschäftes an den Nießbraucher zur Wahl zu stellen sein. Sollte eine Wiederherstellung nicht ausführbar sein, so bleibt es bei dem Forderungsnießbrauche. Eine solche Umwandelung ist alsdann für den Nießbraucher ein Zufall, dessen Folgen er über sich ergehen lassen muß, auch wenn im gegebenen Falle seine Einnahmen dadurch vermindert werden sollten.

Lastentragung.

§ 1003.

Die Vorschriften des § 1003 beziehen sich nicht auf das Verhältniß des Nießbrauchers zu dritten Personen, sondern nur auf das innere Verhältniß zwischen Nießbraucher und Eigenthümer.

Die Berichtigung der Lasten ist eine nothwendige Aufwendung für die Sache und zwar, abgesehen von den Versicherungsprämien, eine rechtlich nothwendige Aufwendung, welche die sonst drohende Zwangsvollstreckung in die Sache abwehrt.

Oeffentliche Lasten.

1. Die Berichtigung der öffentlichen Lasten und Abgaben[1]) wird vom Entwurfe der Regel nach im Anschlusse an das geltende Recht[2]) dem Nießbraucher auferlegt, weil die gewöhnlichen öffentlichen Lasten und Abgaben als auf dem Ertrage der Sache ruhend anzusehen sind. Darauf, ob die Last erst

[1]) Vergl. wegen der übereinstimmenden Bezeichnung die §§ 372, 515.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 87—89; code civil Art. 608, 609; sächs. G. B. § 612.

nach der Begründung des Nießbrauches auf die Sache gelegt ist, kann es nicht ankommen. Zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken ist nicht zu unterscheiden; denn, wenn öffentliche Lasten bei beweglichen Sachen auch seltener vorkommen mögen, so ist ihr Vorkommen doch insbesondere bei Schiffen, Buden 2c. denkbar.

Auf dem Stammwerthe ruhende Lasten.

Eine Ausnahme bestimmt der Entwurf in Ansehung der Lasten und Abgaben, welche als auf den Stammwerth der Sache gelegt zu betrachten sind[1]). Es werden hierunter diejenigen Lasten verstanden, welche nach der Intention der dieselben auferlegenden Anordnung nicht aus den Erträgen der Sache, sondern aus deren Stammwerthe bestritten werden sollen, was sich unter Umständen aus der Höhe der Last ergeben kann. Die Unterscheidung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Lasten entspricht der ähnlichen in § 998 in Ansehung der Reparaturkosten gemachten Unterscheidung; doch wird die Verpflichtung des Nießbrauchers etwas weiter, nämlich auf Tragung derjenigen außerordentlichen Lasten und Abgaben, welche nicht den Stammwerth treffen sollen, ausgedehnt; denn wenn dem Eigenthümer alle außerordentlichen Lasten zu tragen blieben, so würde er in einem noch ungleich höherem Maße wie durch die Befreiung des Nießbrauchers von der Tragung der außergewöhnlichen Reparaturkosten beschwert werden.

Privatrechtliche Lasten.

2. Privatrechtliche Lasten und Abgaben werden, von der Hypothek und Grundschuld abgesehen, stets Reallasten sein oder doch einen reallastartigen Karakter (vergl. §§ 858, 863, 971) haben. Es kommen deshalb nur Grundstücke als Gegenstand des Nießbrauches und der Belastung in Betracht. Da die Reallast nicht zur Sicherung einer Forderung gegen die Person dient, sondern darauf berechnet ist, dem Berechtigten Leistungen aus dem Ertrage des Grundstückes zu verschaffen, so muß man davon ausgehen, daß, wenn an einem mit einer Reallast belasteten Grundstücke durch Rechtsgeschäft oder Gesetz der Nießbrauch begründet wird, Nutzungsgegenstand das belastete Grundstück, d. h. das Grundstück mit den den Ertrag desselben mindernden Lasten sein soll.

Die Frage, ob der Besteller des Nießbrauches dem Erwerber desselben nach § 371 haftbar sei, weil der bestellte Nießbrauch durch die auf dem Grundstücke haftenden Lasten gemindert werde, ist hier nicht in Betracht zu ziehen.

Kommt es zu einer Ablösung der Last, so sind weder Nießbraucher noch Eigenthümer im Verhältnisse zu einander zur Kapitalbeschaffung verpflichtet. Wird das Ablösungskapital von der einen oder der anderen Seite beschafft, so wird ein Recht auf Ausgleichung für den Eigenthümer aus den Vorschriften über die condictio sine causa, für den Nießbraucher aus den Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen abzuleiten sein.

Verzinsung der Hypotheken 2c.

3. Hypotheken und Grundschulden sind den Reallasten in der hier in Rede stehenden Beziehung nicht von vornherein völlig gleich zu setzen. Die Entscheidung der Frage, ob bei der Begründung des Nießbrauches an einer mit einem Pfandrechte belasteten Sache dem Nießbraucher die Verzinsungslast nach der Absicht der Betheiligten auferlegt werden sollte, ist nicht aus der juristischen Natur des Pfandrechtes zu entnehmen. Es kommt vielmehr darauf

[1]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 243.

an, ob nach wirthschaftlicher Ueblichkeit der Eigenthümer der verpfändeten Sache darauf rechnet, die Mittel zur Verzinsung der Pfandlast den Nutzungen seiner Sache zu entnehmen und bei Rückforderung des Kapitales auch dieses durch Aufsuchung eines neuen Pfandgläubigers zu beschaffen, so daß also die Pfandlast als den Werth der Sache mindernd angesehen wird und demnach bei Begründung des Nießbrauches auch nur der Reinertrag, welcher sich nach Abzug der Zinsen ergiebt, zugewendet werden soll. Bei anderen Gegenständen als Grundstücken wird im heutigen Verkehre nicht darauf gerechnet, daß Kapital und Zinsen mittels des Pfandobjektes beschafft werden sollen; vielmehr ist die Lösung des Pfandes und Zahlung der Zinsen aus anderen Vermögensmitteln zunächst beabsichtigt. Bei Grundschulden dagegen beschränkt sich das Recht des Gläubigers darauf, wegen Kapital und Zinsen Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen; nach der wirthschaftlichen Lage der meisten Eigenthümer von belasteten Grundstücken pflegen dieselben die Mittel, welche der Genuß des Grundkredites fordert, aus ihren Grundstücken zu erwarten. Die auf der wirthschaftlichen Funktion der Belastung beruhende Beurtheilung ändert sich nicht, wenn das Grundstück statt mit Grundschulden mit Hypotheken belastet ist. Das Gesetz muß der regelmäßigen wirthschaftlichen Auffassung der Pfandlast bei Grundstücken Rechnung tragen. Die neueren Gesetzgebungen haben in Abweichung vom gemeinen Rechte dies auch in überwiegendem Maße gethan und dem Nießbraucher die Verzinsungslast auferlegt[1]). Die dispositive Vorschrift des Entwurfes § 1003 Ziff. 3 folgt der Mehrzahl der Gesetzgebungen. Diese Frage der Auslegung offen zu lassen, ist nicht angänglich, da das Bestehen der bezeichneten Verpflichtung des Nießbrauchers von Einfluß für den Inhalt des Rechtes desselben ist und folglich auch den Einzelnachfolgern gegenüber Bedeutung hat. Bei der großen praktischen Bedeutung und dem häufigen Vorkommen der Frage ist mithin eine dispositive Vorschrift nicht zu entbehren. Für den gesetzlichen Nießbrauch, welcher stets an einem Vermögensganzen besteht (§ 1041), ergeben sich hieraus keine Schwierigkeiten. Bei dem vertragsmäßigen Nießbrauche wird dagegen der Besteller, wenn er ein Anderes will, reden müssen. Hierzu wird vornehmlich Anlaß sein bei der Sicherungshypothek, insbesondere der Kredithypothek und bei der Pfandhaftung für fremde Schuld. Ebenso werden nähere vertragsmäßige Festsetzungen nicht zu vermeiden sein, wenn das Pfandrecht außer dem dem Nießbrauche unterworfenen Grundstücke noch andere Grundstücke belastet. Eine allgemeine Ausnahme läßt sich für diese Fälle nicht machen. Ebensowenig ist eine Ausnahme für den Fall der Eigenthümerhypothek zu bestimmen; denn es ist ein zufälliger und aus dem Grundbuche sich nicht immer ergebender Umstand, daß der Eigenthümer eine Hypothek, vielleicht um dieselbe alsbald weiter zu begeben, eingelöst hat.

Zeitliche Vertheilung der Zinslast.

4. Die Vorschrift über die zeitliche Vertheilung der Zinslast zwischen Nießbraucher und Eigenthümer weicht von der allgemeinen Bestimmung des § 795 ab, weil die Hypothekenzinsen offenbar Leistungen sind, welche für einen

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 75 ff.; sächs. G. B. § 612; österr. G. B. § 512. Abweichend das franz. Recht; vergl. code civil Art. 609 und das ital. G. B. Art. 508. Das zür. G. B. § 746 stellt die Entscheidung auf die Willensfrage.

bestimmten Zeitraum entrichtet werden und jeden Zeittheil, auf passiver Seite ebenso wie auf aktiver Seite (§ 794 Abs. 1 Ziff. 2), gleichmäßig treffen.

Kapitalbeschaffung.

5. Wird das zu verzinsende Kapital fällig, so bleibt es Sache des Eigenthümers, einen neuen Kreditgeber zu suchen. Man kann nicht so weit gehen, wie das preuß. Recht[1]), welches den zur Zinszahlung verbundenen Nießbraucher für die Berichtigung gekündigter Kapitalposten zu sorgen verpflichtet.

Versicherungsbeiträge.

6. Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Leistung der Versicherungsbeiträge ist eine Konsequenz aus § 1001. Im Verhältnisse zwischen Nießbraucher und Eigenthümer muß die Verpflichtung des ersteren zur Prämienzahlung so weit reichen, wie seine Versicherungspflicht, ohne daß es darauf ankommt, wer den Versicherungsvertrag abgeschlossen hat. Die Vertheilung der Last pro rata temporis rechtfertigt sich aus denselben Gründen, wie bei den Hypothekenzinsen.

§ 1004.

Ansprüche des Eigenthümers während der Dauer des Nießbrauches.

Verletzt der Nießbraucher seine Konservirungspflicht (diese Pflicht im weitesten Sinne genommen), so könnte an der Befugniß des Eigenthümers zur sofortigen Geltendmachung der Verletzung seines Rechtes um deswillen gezweifelt werden, weil der Eigenthümer, wenn ihm nur bei Beendigung des Nießbrauches die Sache in ordnungsmäßigem Zustande restituirt wird, an früher vorgekommenen Unregelmäßigkeiten kein Interesse hat. Dieser Grund würde indessen nur dahin führen, daß der Eigenthümer statt auf Wiederherstellung der Sache in Natur auf Sicherheitsleistung klagen könnte, wie nach § 133 bei bedingten und betagten Rechtsverhältnissen. Allein erstens liegt die Sache bei dem Nießbrauche anders, als bei den bedingten und betagten Rechtsverhältnissen, weil die Pflichtverletzung des Nießbrauchers gegen ein präsentes Recht des Eigenthümers sich richtet. Zweitens ist die sofortige Wiederherstellung für die geeignetste Art der Sicherstellung des Eigenthümers zu erachten, da durch sie die künftige Herausgabe der Sache im ordnungsmäßigen Zustande und nicht blos die Erfüllung einer etwaigen Verpflichtung zum Schadensersatze gesichert wird. Die Vorschrift des Entwurfes stimmt mit dem geltenden Rechte überein[2]).

Kautionspflicht.

§§ 1005, 1006.

Ablehnung einer allgemeinen Kautionspflicht.

1. Der Entwurf lehnt mit dem preuß. und österr. Rechte[3]), abweichend von dem gemeinen Rechte und den demselben folgenden Gesetzgebungen[4]), die allgemeine Kautionspflicht des Nießbrauchers ab. Ein Grund für die Be-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 75.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 140—142; code civil Art. 618; sächs. G. B. § 613. In Ansehung des gemeinen Rechtes vergl. Seuffert's Arch. 10, 234.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 19; österr. G. B. § 520.

[4]) Code civil Art. 601; sächs. G. B. § 617; vergl. bayr. Entw. III Art. 250 hess. Entw. II, 4 Art. 31.

stimmung der regelmäßigen Kautionspflicht des Nießbrauchers würde nur aus dem bei der Bestellung des Nießbrauches obwaltenden Willen der Betheiligten herzuleiten sein. Daß wegen der mit dem Inhabungsrechte des Nießbrauchers verbundenen Gefährdung des Eigenthümers die Kautionspflicht des Nießbrauchers in der Regel dem Willen der Betheiligten entspreche, wird für das moderne Rechtsleben nicht behauptet werden können. Die Nießbrauchsbestellung ist kein Verkehrsgeschäft und bezweckt meistens eine fürsorgliche Zuwendung an den Erwerber. Mit dieser Willensrichtung des Bestellers würde aber die Kautionslast, welche unter Umständen sehr drückend sein kann, nicht harmoniren.

Voraussetzung der Kautionspflicht.

2. Wird auch die regelmäßige Kautionspflicht des Nießbrauchers verneint, so bleibt es doch Bedürfniß, eine solche ausnahmsweise, nämlich für den Fall der durch ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Nießbrauchers[1]) hervorgerufenen besonderen Gefährdung des Eigenthümers zu bestimmen. Dieser Fall liegt nicht erst dann vor, wenn die ordnungsmäßige Rückgewähr bereits gefährdet erscheint, sondern schon dann, wenn überhaupt das Verhalten des Nießbrauchers eine Besorgniß der Verletzung der Rechte des Eigenthümers begründet. Ob die Pflichtverletzung des Nießbrauchers die Erhaltung oder die Rückgewähr der Sache gefährdet, ist von gleicher Bedeutung, da beide Arten der Gefährdung in einander übergehen und nicht wohl zu trennen sind.

Sequestration der Sache.

3. Als ein zweites strengeres Mittel gegen Pflichtverletzungen des Nießbrauchers bestimmt der Entwurf im Anschlusse an das geltende Recht die Sequestration[2]). Eine Sequestration wird nach dem geltenden Rechte stets zugelassen, wenn das Mittel der Sicherheitsleistung versagt, weil der Nießbraucher der Auflage zur Kautionsbestellung innerhalb der ihm von dem Richter gesetzten Frist nicht nachkommt. Der Entwurf sieht indessen (§ 1006 Abs. 2) in diesem Falle die Sequestration nur als einen möglicher Weise ohne weiteres Verschulden des mittellosen Nießbrauchers eintretenden Ersatz der Kaution an, welcher entbehrlich wird, sobald der Nießbraucher nachträglich Sicherheit leistet. Da die Sicherheitsleistung die ordnungsmäßige Naturalrestitution nicht verbürgt, so läßt der Entwurf im Anschlusse an das preuß. Recht das strengere Mittel auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Nießbraucher die ihm obliegenden Verpflichtungen in erheblichem Maße verletzt.

Stellung des Sequesters.

4. In Ansehung der Stellung des Sequesters begnügt sich der Entwurf mit einer Verweisung auf die für die Zwangsverwaltung von Grundstücken geltenden Vorschriften. Daß der Eigenthümer selbst zum Verwalter bestellt werden kann, ist zwar selbstverständlich, die gegebene Verdeutlichung aber doch wünschenswerth, da sie einen sehr praktischen Fall betrifft.

Geführt wird die auf Antrag des Eigenthümers angeordnete Verwaltung zwar auf Rechnung, aber nicht, wie der hess. Entwurf bestimmt, auch auf Gefahr des Nießbrauchers.

Ablösung des Nießbrauches.

5. Das österr. G. B. und der hess. Entw. kennen auch das Mittel der auf Verlangen des Eigenthümers erfolgenden Ablösung des Nießbrauches

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 20; österr. G. B. § 520.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 141; code civil Art. 602, 603; sächs. G. B. § 622; österr. G. B. § 520; vergl. bayr. Entw. III Art. 244, 245, hess. Entw. II, 4 Art. 44.

gegen eine für die Dauer desselben dem Nießbraucher zu zahlende Rente. Dieses Mittel erscheint indessen bedenklich, weil der Rentenbetrag schwer ohne Verletzung des einen oder des anderen Theiles festzustellen ist und weil durch eine solche Ablösung das Recht des Nießbrauchers innerlich umgewandelt werden würde.

Rückgewährpflicht.

§ 1007.

Umfang der Haftung des Nießbrauchers.

1. Wenn über das durch die Beendigung des Nießbrauches entstehende Rechtsverhältniß nichts bestimmt würde, so würde aus den Vorschriften über die Vindikation (§ 929 Satz 2) die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Restitution der Sache sich ergeben, aber nur zur Restitution der Sache in dem Zustande, in welchem dieselbe sich befindet. Im Weiteren würden die persönlichen Ansprüche des Eigenthümers gegen den Nießbraucher nicht nach den Vorschriften über die Haftung des Vindikationsbeklagten, sondern nach den hier gegebenen Vorschriften über das Legalschuldverhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer zu beurtheilen sein.

im Allgem.,

Eine über die einfache Herausgabepflicht hinausgehende Haftung des Nießbrauchers und zwar des Nießbrauchers als solchen, nicht des Nießbrauchers als Inhabers, ergiebt sich aus der Konservirungspflicht desselben. Diese Konsequenz verdient wegen ihrer praktischen Wichtigkeit ausgesprochen zu werden[1]), wenn auch einige Gesetzgebungen (der code civil, das ital. und das zür. G. B.) sie nicht zum Ausdrucke bringen. Aus der Erhaltungspflicht folgt, daß der Nießbraucher für die Restitution der Sache in demjenigen Zustande, in welchem sie sich bei der Begründung seines Rechtes befand, einzustehen hat, soweit nicht eine Veränderung oder Verschlechterung in Folge der Ausübung seines Rechtes oder durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden ist. Ein Zweifel könnte sich ergeben, ob der Nießbraucher für den Abbruch an der Sache einzustehen habe, welchen dieselbe durch ordnungsmäßigen Gebrauch oder auch von selbst im Laufe der Zeit erleidet. Da keine Verpflichtung des Nießbrauchers bestimmt ist, für die Erhaltung des Kapitalwerthes der Sache zu sorgen und also den Folgen der Abnutzung durch Ansammlung eines Reservefonds vorzubeugen, so ergiebt sich die Haftfreiheit des Nießbrauchers für den bezeichneten Abbruch an der Sache; doch ist im Anschlusse an das geltende Recht eine erläuternde Vorschrift aufgenommen[2]).

bei der Rückgewähr landwirthschaftlicher Grundstücke,

2. In dem zweiten Absatze des § 1007 wird bei dem Nießbrauche an landwirthschaftlichen Grundstücken eine besondere Gestaltung der Erhaltungspflicht durch Heranziehung der §§ 545, 547 bestimmt. Die Vorschriften des § 547 sind in Bezug genommen, weil die nach demselben dem abtretenden Pächter

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 111; sächs. G. B. § 614; vergl. bayr. Entw. III Art. 246, hess. Entw. II, 4 Art. 48.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 13, 14, 132; sächs. G. B. § 610; code civil Art. 589; ital. G. B. Art. 484; niederl. G. B. Art. 812; vergl. bayr. Entw. III Art. 239, hess. Entw. II, 4 Art. 36.

obliegenden Verpflichtungen aus Gründen des volkswirthschaftlichen Interesses auferlegt sind, welche auch in dem gegenwärtigen Falle zutreffen.

bei Fortsetzung der Inhabung nach Beendigung des Rechtes.

3. Ueber die Art und den Umfang der Haftung des ehemaligen Nießbrauchers, welcher die Sache nach Beendigung seines Rechtes behält, insbesondere über die Verpflichtung desselben zur Herausgabe der nachträglich gezogenen Nutzungen ist eine besondere Bestimmung nicht aufgenommen, wie denn überhaupt der Entwurf für die Fälle, in denen ein Inhaber aus dinglichem oder obligatorischem Rechte seine Inhabung nach Beendigung seines Rechtes fortsetzt, besondere Bestimmungen über die Haftung des Inhabers nicht enthält. Die §§ 931—933 sind nicht anwendbar, da die Haftung des Inhabers gegenüber demjenigen, für welchen derselbe die thatsächliche Gewalt ausübt, in Frage steht, es müßte denn der Nießbraucher nach § 813 sich von seiner Stellung als Inhaber dem Besitzer gegenüber losgesagt und zum Besitzer oder zum Inhaber für eine andere Person als Besitzer gemacht haben. Eine Lücke wird sich nicht ergeben. Die abgetrennten hängenden Früchte, mögen solche vor oder nach Beendigung des Nießbrauches entstanden sein, fahren fort, auch nach ihrer Trennung das rechtliche Schicksal der Hauptsache zu theilen und also dem Herausgabeanspruche des Eigenthümers ausgesetzt zu sein. Einen gutgläubigen Fruchterwerb des Putativnießbrauchers (vergl. § 900) kennt der Entwurf nicht. Soweit die Sache oder die von derselben getrennten Früchte nicht mehr vorhanden oder in beschädigtem Zustande vorhanden sind, wird sich die Haftung des ehemaligen Nießbrauchers wegen des nach Beendigung des Nießbrauches eingetretenen Abbruches nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen oder über ungerechtfertigte Bereicherung bestimmen und hierbei der Umstand in Betracht kommen, ob der Inhaber sich in unverschuldetem Irrthume über die Beendigung seines Rechtes befunden hat.

§ 1008.

Einfluß der Beendigung des N. auf Mieth- rc. Verträge.

In Ansehung der Benutzung der Sache durch Verpachtung und Vermiethung besteht für den Nießbraucher eine praktische Schwierigkeit in der regelmäßig unsicheren Dauer seines Rechtes. Das gemeine Recht, welchem das sächs. G. B.[1]) und das bayr. L. R.[2]) folgen, lassen den Eigenthümer durch die bei der Beendigung des Nießbrauches laufenden Pacht- und Miethverträge nicht berührt werden. Andere Gesetzgebungen geben dem Nießbraucher ein gegenüber dem Eigenthümer wirksames Verpachtungs- und Vermiethungsrecht in verschiedenem Umfange[3]).

Den in dem Abschnitte über Miethe und Pacht verordneten Fällen der Veräußerung und Belastung der Sache (§§ 509—512, 532, 537) ist im Allgemeinen der Fall nicht gleichzusetzen, wenn das den Vermiether oder Verpächter zur Erfüllung seiner Vertragspflichten befähigende Recht einer inneren

---

[1]) § 1223.

[2]) Vergl. Roth, bayr. Civ. R. § 159 Note 31.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 389; code civil Art. 595, 1429, 1430; ital. G. B. Art. 493; niederl. G. B. Art. 819.

zeitlichen Schranke unterworfen ist und in Folge dessen aufgehoben wird. In einzelnen Fällen dagegen kann eine Gleichsetzung aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit sich empfehlen. Der Entwurf hat sich für eine solche Ausdehnung in dem Falle des Nießbrauches an einem Grundstücke entschieden[1]), weil durch dieselbe der im Eingange angedeuteten praktischen Schwierigkeit am einfachsten abgeholfen wird. Das Bedürfniß einer Heranziehung der Vorschriften über das Rechtsverhältniß zwischen dem Miether oder Pächter und dem neuen Erwerber der Sache ist, insbesondere in Anbetracht der sehr kurz bemessenen Kündigungsfrist bei der Vermiethung beweglicher Sachen (§ 522) nur für den Fall des Nießbrauches an Grundstücken anzuerkennen; jedoch braucht in diesem Falle ein Unterschied nicht gemacht zu werden, ob der Nießbrauch an einem festen oder an einem, was die Zeit des Eintrittes betrifft, ungewissen Termine endigt; denn eine derartige Unterscheidung würde wegen der Seltenheit des mit Eintritt eines dies certus endigenden Nießbrauches kaum von praktischer Bedeutung sein und zu verwickelten kasuistischen Bestimmungen führen. Die Vertheilung des Zinses zwischen Nießbraucher und Eigenthümer bestimmt sich nach § 794. Ein unmittelbares Recht des Eigenthümers gegen den Pächter oder Miether ist aus denselben Gründen auch hier nicht zu bestimmen, aus denen in § 509 ein solches Recht nicht anerkannt ist.

Die Folge der Allegirung des § 509 ist, daß der Nießbraucher das Grundstück mit einem gleichsam dinglichen, das Recht des Autors überdauernden Rechte belasten kann. Da der Nießbraucher dem Eigenthümer nicht in ähnlicher Weise wie nach §§ 370, 371 ein Veräußerer dem Erwerber wegen partieller Eviktion haftet, so wird durch § 1008 mittelbar, neben dem Miether und dem Pächter, auch dem Nießbraucher geholfen. Eine solche Hülfe für den Nießbraucher tritt allerdings dann nicht ein, wenn der Pacht- und Miethvertrag nur abgeschlossen und noch nicht durch Ueberlassung der Sache in Vollzug gesetzt war, wird aber auch für Fälle dieser Art, obgleich sie in der Konsequenz einer vollständigen Sicherung des Nießbrauchers liegen mag, durch ein erhebliches praktisches Bedürfniß nicht gefordert.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 512 wird keinem Bedenken unterliegen. Welche Bedeutung man einer Einwilligung des Eigenthümers in den Pacht- oder Miethvertrag oder der späteren Genehmigung desselben beizumessen hat, ist eine allgemeinere Frage, deren Beantwortung aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergeben wird, ohne daß es hier einer Spezialbestimmung bedürfte.

§ 1009.

Ersatz von Bestellungskosten bei Endigung d. N.

Die in § 794 Nr. 1 bestimmte Art der Vertheilung der Früchte läßt dem Zufalle, welcher den Zeitpunkt der Beendigung des Nießbrauches bestimmt, einigen Einfluß. Diesem Umstande wird von dem Entwurfe allerdings kein solches Gewicht beigelegt, daß eine Modifikation des aus Rücksichten praktischer

[1]) Nach § 1815 findet die hier gegebene Vorschrift auch im Falle der Vorerbschaft entsprechende Anwendung.

Zweckmäßigkeit und Einfachheit sich empfehlenden Vertheilungsmodus für nöthig erachtet wird, wie im preuß. und sächs. Rechte[1]). Insbesondere würde die Aufnahme der Vorschrift des sächs. G. B., welcher ein deutschrechtlicher Ursprung beigemessen wird, nämlich, daß die natürlichen Früchte soweit verdient sind, als die Bestellungsarbeit geschehen ist, zu weit führen. Der letzteren Vorschrift liegt indessen eine Billigkeitsrücksicht zu Grunde, welche nach einigen Gesetzgebungen wenigstens insofern Berücksichtigung findet, als dem Eigenthümer der Ersatz der Bestellungskosten auferlegt wird[2]).

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde der Nießbraucher die Bestellungskosten nicht ersetzt erhalten, weil er durch die Bestellung nur der ihm obliegenden Verpflichtung zur Erhaltung der Sache entspricht. Bei Beginn des Nießbrauches findet ein ähnlicher Erstattungsanspruch des Eigenthümers gegenüber dem Nießbraucher nicht statt. Der für die Gewährung eines solchen Anspruches sprechende Billigkeitsgrund trifft hier aber auch nicht in gleichem Maße zu, wie bei der Beendigung des Nießbrauches. Doch ist auch in dem letzteren Falle der bezeichneten Billigkeitsrücksicht nur in einem beschränkten Umfange Folge zu geben. Erstlich kann man dem Nießbraucher nicht einen Anspruch auf Produktionskosten geben, wenn die mittels derselben zu erzielenden Früchte nach den Regeln einer guten Wirthschaft erst nach längerer Zeit zu trennen sein würden, wie z. B. der Holzbestand eines neu angepflanzten Waldes. Die Billigkeitsrücksicht geht nur so weit, daß ein ungünstiger Eintritt des Endes des Nießbrauches innerhalb des laufenden Wirthschaftsjahres für den Nießbraucher unschädlich gemacht wird; es ist deshalb nur auf diejenigen Früchte Rücksicht zu nehmen, welche ordnungsmäßig innerhalb dieses Zeitraumes zu trennen sind. Ferner kann eine Erstattungspflicht nur insoweit zugelassen werden, als das Resultat der Verwendungen dem Eigenthümer zu Gute kommt.

Uebrigens sind Produktionskosten außer bei Erzeugnissen auch denkbar bei der sonstigen Ausbeute des Grundstückes; es erscheint deshalb gerechtfertigt, von Früchten im Allgemeinen und nicht blos von Erzeugnissen zu reden.

§ 1010.

Ersatz von Verwendungen des Nießbrauchers.

Wenn über die Ersatzansprüche des Nießbrauchers wegen Verwendungen auf die Sache geschwiegen würde, so würde sich folgendes Resultat ergeben:

Derartige Ansprüche können nach Maßgabe der Vorschriften über Auftrag und über Geschäftsführung ohne Auftrag begründet sein. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag werden im einzelnen Falle schwer darzuthun sein, da wegen des eigenen Interesses und der weitgehenden Fürsorgepflichten des Nießbrauchers nicht leicht erhellen wird, daß ein fremdes Geschäft besorgt wurde und besorgt werden sollte. Zu beachten bleibt, daß die Ersatz-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 143 ff.; sächs. G. B. § 76.

[2]) Oesterr. G. B. § 519. Vergl. bayr. Entw. III Art. 229, hess. Entw. II, 4 Art. 12. Vergl. ferner code civil Art. 585, ital. G. B. Art. 480, niederl. G. B. Art. 809.

ansprüche aus Auftrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegen den Eigenthümer der Sache als solchen, sondern gegen den Mandanten oder den Geschäftsherrn, also möglicher Weise gegen eine andere Person als den Eigenthümer sich richten. Möglich bleibt, daß für eine dem Geschäftsführenden individuell unbekannte Person, welche durch das Eigenthum an der Sache sich bestimmt, die Geschäfte geführt werden sollten. Die aus der Konkurrenz der verschiedenartig begründeten Ersatzansprüche gegen den Eigenthümer oder gegen den Eigenthümer und gegen dritte Personen sich ergebenden Konsequenzen brauchen hier nicht näher dargelegt zu werden.

Gegen den Eigenthümer als solchen stehen dem Nießbraucher als Inhaber einer fremden Sache Ersatzansprüche nach Maßgabe des § 936 Abs. 1, 3 und der §§ 937, 938, 941 zu, wenn man nicht annehmen will, daß die an dieser Stelle erfolgte gesetzliche Regelung des Legalschuldverhältnisses zwischen Nießbraucher und Eigenthümer Ansprüche des ersteren ausschließe, welche nicht besonders zugelassen sind. Materiell ist jedenfalls eine gleiche Beurtheilung der Verwendungsfrage berechtigt, mag der Eigenthümer als Vindikationsberechtigter oder als Gläubiger aus dem Legalschuldverhältnisse auftreten, nur daß selbstverständlich dem Nießbraucher die kraft seines Rechtes gezogenen Nutzungen nicht vom Eigenthümer auf den zu ersetzenden Impensenbetrag in Anrechnung gebracht werden können (§ 936 Abs. 2) und daß der Nießbraucher nicht Verwendungen in Ansatz bringen kann, zu denen er verpflichtet war.

Es kommt hiernach in Frage, ob man es bei den dargelegten Resultaten belassen und nur vielleicht erläuternde und auf dieselben hinweisende Vorschriften aufnehmen will, oder ob Ausnahmebestimmungen getroffen werden sollen.

In der modernen Gesetzgebung ist man geneigt, die Rechte des Nießbrauchers in Ansehung des Impensenersatzes zu beschränken[1]), während im gemeinen Rechte, welchem das sächs. G. B. (§ 616) sich anschließt, eine Ausnahmebestimmung zu Ungunsten des Nießbrauchers nicht zu finden ist. Es mögen einige Vortheile der Vereinfachung und der Abschneidung von Streitigkeiten damit verbunden sein, wenn man den Nießbraucher anhält, über Verwendungen, für welche er später Ersatz fordern will, sich vorher mit dem Eigenthümer zu verständigen. Immerhin geht aber eine positive Ausnahmebestimmung zu Ungunsten des Nießbrauchers zu weit. Wenn überhaupt eine Kondiktion oder ein Anspruch aus einer negotiorum gestio begründet ist, so ändert der Umstand, daß ein Nießbraucher gegenüber dem Eigenthümer der Verlierende oder Geschäftsführer ist, nichts an der materiellen Gerechtigkeit, welche für solche Ansprüche spricht, und Gründe einer mehr äußerlichen Zweckmäßigkeit kommen hiergegen nicht in Betracht.

Wird eine positive Beschränkung der Rechte des Nießbrauchers abgelehnt, so bleibt nur die Frage, inwieweit ein Bedürfniß erläuternder und hinweisender Vorschriften besteht. Da immerhin der Zweifel nicht fern liegen würde, ob nicht das Schweigen über den Impensenersatz an dieser Stelle als ein Aus-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 49, 56, 124; code civil. Art. 599; niederl. G. B. Art. 826; ital. G. B. Art. 495; vergl. bayr. Entw. III Art. 247, hess. Entw. II, 4 Art. 28.

schließen der Ansprüche des Nießbrauchers aufzufassen sei, so spricht der Entwurf in § 1010 Abs. 1 die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen bei der Vindikation unter Nichterwähnung des § 936 Abs. 2 und unter Berücksichtigung des Falles aus, daß der Nießbraucher aus dem Legalschuldverhältnisse gegenüber dem Eigenthümer zu Verwendungen auf die Sache verpflichtet war.

In dem zweiten Absatze des § 1010 wird das Unberührtbleiben der Vorschriften über Mandat und negotiorum gestio ausgesprochen, da die neueren Gesetzgebungen vielfach von einem anderen Standpunkte ausgehen.

Zu bemerken ist noch, daß in Ansehung der Hauptreparaturen und sonstigen Verwendungen, welche unter Befreiung des Nießbrauchers dem Eigenthümer vorbehalten sind, zuweilen von dem unrichtigen Gesichtspunkte ausgegangen wird, daß der Eigenthümer zur Tragung der Kosten solcher Verwendungen dem Nießbraucher gegenüber verpflichtet und mithin, wenn der Nießbraucher die Verwendungen gemacht, ersatzpflichtig sei. Das preuß. A. L. R.[1]) giebt dem Nießbraucher gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf Einwilligung in derartige Wiederherstellungen und Verbesserungen. Der Entwurf kennt eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Vornahme von außergewöhnlichen Reparaturen ꝛc. überall nicht, sondern begrenzt nur die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers. Es würde auch nicht gerechtfertigt sein, alle Hauptreparaturen so zu behandeln, wie wenn der Eigenthümer durch eine im volkswirthschaftlichen Interesse gegebene Vorschrift dem Staate gegenüber zur Vornahme derselben verpflichtet wäre, und aus diesem Gesichtspunkte die Rechte des geschäftsführenden Nießbrauchers nach Maßgabe des § 755, ohne daß in Wirklichkeit die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen, zu erweitern.

Veräußerung und Belastung des Nießbrauches.

§ 1011.

Veräußerlichkeit der Rechte.

I. Der Entwurf geht von der Veräußerlichkeit der Rechte als Regel aus (§ 312). In Ansehung des Eigenthumes und der begrenzten Rechte an Sachen und Rechten sind im Sachenrechte für eine jede einzelne Art von Rechten besondere Bestimmungen gegeben, welche die Regel der Veräußerlichkeit und Belastbarkeit festhalten und nur einzelne Ausnahmen (in Ansehung des Vorkaufsrechtes, der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und der Belastbarkeit nicht übertragbarer Rechte) vorschreiben.

Die rechtsgeschäftliche Uebertragung eines Rechtes lediglich der Ausübung nach mit dem Karakter der Rechtsnachfolge kennt der Entwurf nicht. Nur die Frage kommt vor, ob ein Berechtigter durch Ueberlassung der Ausübung die Grenzen seines Rechtes überschreite (vergl. § 974 Abs. 2, § 1047). Demjenigen, welchem die Ausübung des Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte überlassen ist, wird deshalb nicht eine dingliche, sondern nur eine obligatorische Rechtsposition zugeschrieben werden können.

---

[1]) I, 21 §§ 57, 128; vergl. bayr. Entw. III Art. 247, hess. Entw. II, 4 Art. 27.

Uebertragung der Ausübung des Nießbrauches.

In dem gemeinen Rechte und in den modernen Kodifikationen kommt der Satz vor, daß der Nießbrauch nur der Ausübung nach übertragbar sei[1]); doch wird eine Uebertragung zu festem Rechte zugelassen. Eine solche Beschränkung der Uebertragbarkeit des Nießbrauches ist materiell ohne Bedeutung und führt nur zu einer unzutreffenden und Mißverständnisse veranlassenden Ausdrucksweise, nach welcher der Nießbraucher, welcher sein Recht auf Ausübung veräußert hat, ein Recht ohne Inhalt behalten würde. Mit derartigen Kategorieen darf der Gesetzgeber ohne zwingenden Grund nicht rechnen. Daß der das Recht veräußernde Nießbraucher nicht mehr Recht übertragen kann, als er selbst hatte, der Nießbrauch also, soweit Inhalt und Dauer aus der Person des ersten Nießbrauchers sich bestimmen, in dieser Weise bestimmt bleibt, ist unbedingt anzuerkennen; jedoch liegt hierin kein Grund, den Nießbrauch für, der Substanz nach, nicht übertragbar zu erklären.

Veräußerlichkeit des Nießbrauches.

Gegen die einfache Uebertragbarkeit des Nießbrauches sind aus einem dreifachen Gesichtspunkte Einwendungen denkbar:

1. Die Uebertragung eines Rechtes kann wegen seines Inhaltes ausgeschlossen sein. Der Inhalt eines Rechtes kann nämlich so gestaltet sein, daß eine jede in der Absicht der Ausübung des Rechtes geschehende Handlung einer anderen Person als des Berechtigten, vermöge der Begrenzung des Rechtsinhaltes, nicht mehr Rechtsausübung sein würde (vergl. § 295). Der Rechtsinhalt des Nießbrauches ist in § 980 nicht so bestimmt, daß nur das persönliche Ziehen der Nutzungen innerhalb des Inhaltes des Rechtes liegt. Durch Rechtsgeschäft kann eine solche Begrenzung des Rechtsinhaltes, welche nur den Zweck haben kann, die Verfügungsbefugniß des Berechtigten zu beschränken, nach § 796 nicht bestimmt werden, während für die Fälle des gesetzlichen Nießbrauches Anlaß für den Gesetzgeber vorliegen kann, die Veräußerlichkeit und Belastbarkeit des Nutznießungsrechtes auszuschließen (vergl. §§ 1298, 1534).

2. Die Uebertragung eines Rechtes durch Rechtsgeschäft ist ausgeschlossen, wenn durch die Uebertragung der Uebertragende sich von Verpflichtungen, welche mit dem Rechte verbunden sind, einseitig liberiren würde, wie z. B. bei der Uebertragung des Erbrechtes. Dieser Grund für die Ausschließung der Veräußerlichkeit trifft indessen beim Nießbrauche trotz des Legalschuldverhältnisses, in welchem der Nießbraucher zu dem Eigenthümer steht, nicht zu. Durch das Legalschuldverhältniß wird eine obligatorische Grenze für das Verfahren des Nießbrauchers gezogen, durch deren Ueberschreitung der dermalige Nießbraucher dem dermaligen Eigenthümer, dessen Recht er verletzt, verhaftet wird. Die aus solchen Ueberschreitungen bereits entstandenen Ansprüche bleiben selbstverständlich von einer Veräußerung unberührt; eine Befreiung ist also mit der Veräußerung nicht verbunden. Künftige Ueberschreitungen des neuen Nießbrauchers können neue Ansprüche gegen diesen erzeugen. Zur Zeit der Uebertragung bestehen indessen solche noch nicht; es findet deshalb in Ansehung ihrer auch keine Befreiung des Uebertragenden statt, sondern es bleibt nur eine Kautionspflicht des Uebertragenden denkbar.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 110; sächs. G. B. § 600; ital. G. B. § 492; vergl. bayr. Entw. III Art. 219; dagegen: bayr. L. R. II, 9 § 4, code civil Art. 595.

3. Endlich könnte man versucht sein, die Veräußerung des Nießbrauches im volkswirthschaftlichen Interesse um deswillen zu beschränken, weil eine Veräußerung des seiner Dauer nach unbestimmten Nießbrauches unwirthschaftlich sei, keinen angemessenen Erlös verspreche, mithin als eine Verschleuderung erscheine und, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung erfolge, eine große Unbilligkeit gegen den Nießbraucher sei. Allein eine solche Beschränkung des Nießbrauchers aus dem Gesichtspunkte einer Art von Bevormundung würde wenig gerechtfertigt und mit überwiegenden Nachtheilen für den Nießbraucher, dessen Kredit geschwächt würde, verknüpft sein.

Neben der Zulassung der Veräußerung und Belastung des Nießbrauches werden (§ 1011 Abs. 2) die aus dem Satze, daß Niemand mehr Recht übertragen kann, als er hat, sich ergebenden Konsequenzen auszusprechen sein, um jedwedem Mißverständnisse vorzubeugen.

Erfordernisse der Uebertragung.

II. Besondere Formen für die Uebertragung des Nießbrauches vorzuschreiben, ist nicht angemessen. Das Gesetz gewinnt an Einfachheit und Konsequenz, wenn das Recht in der Form, welcher seine Begründung unterliegt, auch zu übertragen ist. Für den Nießbrauch an Grundstücken ergiebt sich dies schon aus den §§ 828 ff. In Ansehung des Nießbrauches an beweglichen Sachen ist eine Allegirung des § 983 nothwendig. Dieselbe Form ist nach §§ 1023, 1208 für die Belastung des Nießbrauches, mit den Besonderheiten des § 1210 im Falle der Verpfändung, erforderlich.

III. Aus der Veräußerungsbefugniß des Nießbrauchers ist nicht zu folgern, daß derselbe mittels einer gewissen beschränkten Veräußerung das dem Nießbrauche unterliegende Grundstück mit Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten belasten oder ein beschränktes Gebrauchsrecht von seinem Rechte abveräußern könne[1]).

Wirkung der Uebertragung.

IV. Der zweite Absatz des § 1011 spricht eine Konsequenz des Prinzipes aus, daß Niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat. Hiermit soll einem Mißverständnisse vorgebeugt werden, zu welchem die Eigenschaft des Nießbrauches als einer persönlichen, mit der Person endigenden Dienstbarkeit führen könnte.

§ 1012.

Gemeinschaftlicher Nießbrauch.

1. Der § 1012 betrifft den Fall, daß ein gemeinschaftlicher Nießbrauch den Theilhabern nach Quoten zusteht, ein Fall, welcher wohl zu unterscheiden ist von dem anderen Falle, daß der Nießbrauch an einer Eigenthumsquote besteht (Nießbrauchsquote — Quotennießbrauch). Der Quotennießbrauch steht dem Sachnießbrauche in Ansehung seiner Uebertragung und Belastung gleich (§ 981). Eine ähnliche Gleichstellung könnte für die Nießbrauchsquote, auch wenn der gemeinschaftliche Nießbrauch eine Sache zum Gegenstande hat, bezweifelt werden, wenn eine besondere Bestimmung für die Nießbrauchsquote fehlt, während in § 948 über die Uebertragung und Belastung der Eigenthumsquote eine besondere Vorschrift gegeben ist. Der § 1012 Abs. 1 enthält deshalb eine zur Vollständigkeit des Gesetzes erforderliche Bestimmung.

Veräußerung eines Antheiles.

[1]) Abweichend: Bayr. L. R. II, 7 § 4.

Verkauf zum Zwecke der Theilung.

2. Vermöge der Veräußerlichkeit des Nießbrauches werden an sich auch die Bestimmungen über die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes (§ 769) anwendbar. Der Verkauf des gemeinschaftlichen Nießbrauchsrechtes ist indessen eine den Interessen der Theilhaber in hohem Maße widerstreitende Theilungsmaßregel, weil ein angemessener Kauferlös, insbesondere wegen der unbestimmten Dauer des Rechtes, nicht zu erwarten steht. Daneben würde auch der Umstand, daß die Dauer des Rechtes eines jeden Berechtigten aus der Person desselben sich bestimmt, mag nun nach dem Wegfalle eines Mitnießbrauchers gemäß dem Begründungsakte Konsolidation oder Akkreszenz stattfinden sollen, zu unlösbaren Schwierigkeiten in Ansehung der Vertheilung des Erlöses führen. Man muß also der für den Theilungsfall eintretenden Konsequenz der Bestimmung über die Veräußerlichkeit des Nießbrauches entgegentreten. In der C. P. O. ist den Nachtheilen, welche mit einem derartigen Verkaufe eines in seiner Dauer unbestimmten Rechtes verbunden sind, wenigstens insofern vorgebeugt, als die Anordnung des Verkaufes im Wege der Zwangsvollstreckung von dem Erachten des Gerichtes abhängig gemacht ist (C. P. O. § 754 Abs. 3); bei Ausschluß des Verkaufes als Theilungsmaßregel bleiben die sonst nach § 754 der C. P. O. zulässigen Vollstreckungsmaßregeln anwendbar und führen zu einem angemessenen Resultate.

§ 1013.

Einfluß der Veräußerung auf das Legalschuldverh. 1. Eintritt des Erwerbers als Schuldners.

1. Daß der Erwerber des Nießbrauches mit der Erwerbung in die passive Seite des Legalschuldverhältnisses eintritt, folgt aus der Natur dieses Verhältnisses; denn durch dasselbe wird eine obligatorische Grenze gezogen, deren Ueberschreitung das Eigenthum verletzt und welche deshalb ebensowohl dem ersten als jedem ferneren Nießbraucher gegenüber gilt. Der neue Nießbraucher wird jedoch nicht Schuldner in Ansehung der aus Verletzungen seines Rechtsvorgängers entstandenen Verbindlichkeiten; letztere hat man von dem Legalschuldverhältnisse als dem Inbegriffe der den Nießbraucher bindenden obligatorischen Normen wohl zu unterscheiden. Der Umfang der Restitutionspflicht des neuen Nießbrauchers kann nur nach dem Zustande, in welchem derselbe die Sache erhalten hat, sich bestimmen. War zu dieser Zeit die Sache verschlechtert, so bleiben die Ersatzansprüche gegen den bisherigen Nießbraucher bestehen.

2. Weitere Haftung des Veräußerers.

2. Die Haftung des Veräußerers beschränkt sich nicht auf das Einstehen für die von ihm während der Zeit seines Nießbrauches begangenen Pflichtverletzungen. Die Vorschriften des Entwurfes über die weitergehende Haftung des Veräußerers beruhen auf einem allgemeinen Prinzipe, welches auch für den Fall des Faustpfandrechtes (§ 1187 Abs. 2) zur Geltung gebracht ist.

Da mit dem Nießbrauche das Recht auf die Inhabung der Sache verbunden und dieses Recht wegen der thatsächlichen Natur der Inhabung nur einer obligatorischen Begrenzung fähig ist, deren Wirksamkeit von den persönlichen Verhältnissen insbesondere von der Solvenz des Erwerbers abhängt, so würde der Eigenthümer durch die zugelassene Veräußerung des Nießbrauches

eine Einbuße an seinem Eigenthume erleiden, wenn ihm die in der persönlichen Haftung des Veräußerers sich gründende Sicherheit seines Eigenthumes entzogen oder gemindert würde. Wird die Veräußerlichkeit des Nießbrauches anerkannt, so entstehen die aus Pflichtverletzungen sich ergebenden Obligationen in der Person des jeweiligen Nießbrauchers. Eine fortdauernde Haftung des Veräußerers aus dem Gesichtspunkte, daß derselbe für die Handlungen des Erwerbers hafte, wie wenn er sich desselben als eines Organes zur Ausübung seines Rechtes und zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient hätte (vergl. § 224 Abs. 2), würde zur Veräußerlichkeit des Nießbrauches nicht passen. Ebensowenig kann die Veräußerung als eine widerrechtliche Handlung angesehen werden, eine Anschauung, welche zu einer nicht gerechtfertigten Ausdehnung der Haftung des Veräußerers führen würde. Auch die in der französischen Doktrin herangezogene Analogie der Delegation (code civil Art. 1275) paßt nicht. Mit der prinzipalen Haftung des jeweiligen Nießbrauchers ist vielmehr nur eine akzessorische Haftung des Veräußerers vereinbar, welche, damit der Eigenthümer durch die Veräußerung in seiner Sicherheit keinen Abbruch erleide, eine selbstschuldnerische, also eine Bürgenhaftung mit Ausschluß der Einrede der Vorausklage (§ 674), sein muß.

Mehrfache Veräußerung.

3. Ueber die Gestaltung der Haftung im Falle mehrfacher Veräußerung wird eine Bestimmung nicht vermißt werden, da der Nießbrauch nicht Verkehrsobjekt ist. Bei dem weiter veräußernden Erwerber werden Garantiepflichten nicht zu verneinen sein; die Gestaltung dieser Pflichten wird sich jedoch im Wege der Analogie unschwer feststellen lassen.

Entstandene Kautionsverbindlichkeit

4. Durch die Veräußerung wird selbstverständlich die einmal entstandene Verbindlichkeit zur Kautionsleistung nicht berührt. Ebenso ergiebt sich aus dem Zwecke der Kaution, daß durch dieselbe auch die im Falle der Veräußerung eintretende Haftung des Veräußerers als Bürgen gedeckt werden muß.

Fortbestand einer Sequestration.

5. Da die Sequestration des Nießbrauches eine Maßregel ist, welche der Sicherheit des Eigenthümers dienen soll, so müssen ihr, insbesondere mit Rücksicht auf die Veräußerlichkeit des Nießbrauches, dingliche das Recht des Nießbrauchers mindernde Wirkungen beigelegt werden.

Wenn diese Rechtsminderung auch als eine theilweise Aufhebung des Nießbrauches erscheint, so beruht sie doch nicht, wie die Aufhebung durch Rechtsgeschäft, auf einem neuen und selbständigen Thatbestande, sondern sie muß auf eine durch das Gesetz gegebene, von Anfang an vorhandene, innere Begrenzung des Rechtes des Nießbrauchers zurückgeführt werden. Diese innere Begrenzung ist als jedem dritten Erwerber des Nießbrauches bekannt anzusehen. Es ist deshalb Sache des Erwerbers, insbesondere des gutgläubigen Erwerbers des Nießbrauches an einem Grundstücke (§ 837), sich zu vergewissern, daß die Voraussetzung, welche die Rechtsminderung herbeiführt, nicht eingetreten ist.

In Ansehung der Frage nach dem Eintritte der Rechtsminderung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Bereits angeordnete Sequ.

a) Das Gericht hat vor der Veräußerung dem Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauches entzogen und die Sequestration angeordnet. Darüber, daß in diesem Falle die Rechtsminderung eingetreten ist, enthält der Entwurf keine besondere Bestimmung, da die Vorschriften des § 1006 keinen Raum für

etwaige Zweifel in Ansehung der dinglichen Wirkung der vom Gerichte verfügten Entziehung der Ausübung des Nießbrauches lassen werden.

Ob in dem Falle, wenn der Anspruch auf Entziehung der Ausübung des Nießbrauches zur Zeit der Veräußerung desselben bereits rechtshängig war, die ergehende Entscheidung nach Maßgabe des § 236 der C. P. O. gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar ist, wird davon abhängen, ob man dem erhobenen Anspruche einen dinglichen Karakter beimessen darf.

b) Vorliegen einer causa sequestrationis.

b) Ist noch nicht auf Entziehung der Ausübung des Nießbrauches erkannt und liegt nur eine in der Person des Veräußerers eingetretene causa sequestrationis vor, so ist, wenn das Gesetz schweigt, nicht anzunehmen, daß damit schon eine sachliche Minderung des Rechtes desjenigen, welcher später veräußert, eingetreten ist; es würde auch bedenklich sein, so weit zu gehen, weil der Erwerber, welchem das Vorliegen der causa sequestrationis unbekannt geblieben war, durch die Beschränkung des von ihm erworbenen Rechtes hart getroffen werden könnte. Für die Fälle, in denen wegen schwerer Pflichtverletzung die Sequestration verlangt werden kann, beläßt es der Entwurf bei der Regel, daß der bloße Eintritt der causa sequestrationis in der Person des Rechtsvorgängers ohne Einfluß ist. Eine Ausnahme von dieser Regel wird aus Rücksichten des praktischen Bedürfnisses für den anderen in § 1006 bestimmten Fall der Sequestration gemacht. War die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nach Maßgabe des § 1005 zur Zeit der Veräußerung entstanden, so soll der in § 1006 für den Fall der Nichterfüllung der Kautionsverbindlichkeit innerhalb einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist angedrohte Rechtsnachtheil der Sequestration nicht durch eine dazwischentretende Veräußerung vereitelt werden können. Es ist nicht erforderlich, daß zur Zeit der Veräußerung der Anspruch auf Entziehung der Ausübung des Nießbrauches bereits geltend gemacht, eine Verurtheilung erfolgt und dem Kautionspflichtigen eine Frist zur Sicherheitsbestellung von dem Richter gesetzt oder die gesetzte Frist bereits verstrichen ist. Für den Erwerber ist die Ausnahmebestimmung nicht mit einer besonderen Härte und Gefahr verbunden, weil derselbe nach § 1006 Abs. 2 jeden ferneren Rechtsnachtheil durch nachträgliche Kautionsbestellung abwenden kann, was bei dem anderen Sequestrationsgrunde der schweren Pflichtverletzung nicht der Fall ist.

§ 1014.

Erlöschen des Nießbrauches durch: 1. Tod des Berechtigten;

1. Die innere zeitliche Beschränkung des Nießbrauches auf die Dauer der Existenz der Person des zuerst Berechtigten entspricht dem geltenden Rechte und wird durch eine Vorschrift absoluter Natur bestimmt.

2. Die sonstigen Fälle, in denen der Nießbrauch in Folge einer inneren Begrenzung erlischt, ergeben sich aus den Vorschriften des Entwurfes über Bedingungen und Zeitbestimmungen (§§ 128—143).

2. Erlöschen der jur. Person.

3. Bei juristischen Personen genügt die Begrenzung des ersten Absatzes des § 1014 nicht und ist die Bestimmung einer weiteren zeitlichen Grenze erforderlich. Der Entwurf schließt sich, auch in Ansehung des Zeitmaßes, dem gemeinen Rechte an. In ausgedehnten Rechtsgebieten wird die hier in Rede

stehende Beschränkung nicht als eine absolute aufgefaßt[1]). Diese Auffassung hängt damit zusammen, daß in früherer Zeit eine Trennung des Nutzungsrechtes von der Proprietät überall nichts Ungewöhnliches war, während nach dem Systeme des Entwurfes Belastungen einer Sache nur insoweit zugelassen werden, als die Zulassung durch ein praktisches Bedürfniß gefordert wird. Für die Zulassung der Begründung des vererblichen Nießbrauches einer natürlichen oder des zeitlich unbeschränkten Nießbrauches einer juristischen Person fehlt es an einem solchen Bedürfnisse. Gegen die Zulassung spricht außerdem, daß die Nießbrauchsbestellung bei Bestellung eines ewigen Nießbrauches in eine Eigenthumsübertragung übergehen würde und daß eine solche Vermischung schon um deswillen zu verhindern ist, damit nicht etwaige der Uebertragung des Eigenthumes an juristische Personen entgegenstehende Gesetze umgangen werden können. Bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, welche zu Gunsten juristischer Personen bestellt werden, findet eine abweichende Beurtheilung statt.

Aufhebung des Nießbrauches durch Rechtsgeschäft und durch Vereinigung.

§§ 1015, 1016.

Aufhebung des Nießbrauches an Grundstücken,

1. Die Rechtfertigung des den Nießbrauch an Grundstücken betreffenden § 1015 ergiebt sich aus der Begründung des § 960.

Die Vereinigung des Nießbrauches mit dem Eigenthume des belasteten Grundstückes in derselben Person ist nach § 835 kein Aufhebungsgrund.

an beweglichen Sachen a) durch Vereinigung,

2. Bei dem Nießbrauche an einer beweglichen Sache liegt die Annahme eines die Konfusion überdauernden Fortbestandes des Nießbrauches niemals, wie zuweilen in entsprechender Weise bei dem Faustpfandrechte § 1193 Satz 3[1]), im Interesse des Eigenthümers. Eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung der Konfusion ist deshalb nur für den Fall zu bestimmen, wenn das Interesse einer Person, deren Recht den Nießbrauch belastet, in Betracht kommt (vergl. §§ 291, 1032, 1097 Abs. 1, § 1223).

b) durch Rechtsgeschäft.

In Ansehung der Aufhebung von Rechten an beweglichen Sachen durch Rechtsgeschäfte folgt der Entwurf dem S. 460—465 für die Aufhebung von Rechten an Grundstücken gerechtfertigten Systeme, da die Gründe, welche für die Annahme dieses Systemes maßgebend sind in gleicher Weise für das Mobilienrecht Geltung haben; nur wird bei der Erklärung, durch welche auf den Nießbrauch oder auf das Faustpfandrecht verzichtet wird, die Passivbetheiligung dem Eigenthümer, dessen Recht sich konsolidirt, übertragen. Wollte man die Rückgabe der Sache als Erforderniß der Aufhebung des Nießbrauches aufstellen, so würde man das Prinzip der Verzichtsfreiheit beeinträchtigen, weil man dadurch den Nießbraucher von dem Willen des Eigenthümers abhängig machen würde.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 179, I, 12 § 423; sächs. G. B. § 656; österr. G. B. § 529. Vorschriften absoluter Natur geben bayr. L. R. II § 9 Ziff. 3, code civil Art. 619; vergl. bayr. Entw. III Art. 294, hess. Entw. II, 4 Art. 51.

Zu bemerken ist, daß im Mobilienrechte der Entwurf die Vorschrift über die Konvaleszenz (§ 876), anders wie im Immobilienrechte (vergl. §§ 830, 834), nicht in Ansehung der Rechtsgeschäfte, durch welche Rechte an Sachen aufgehoben werden, für anwendbar erklärt hat. Ob eine nach § 1016 Abs. 2 Satz 2 unwirksame Verzichtserklärung in Folge einer Einwilligung oder Genehmigung, welche den Voraussetzungen des § 127 entspricht, Wirksamkeit haben oder erhalten kann, wird mithin davon abhängen, ob den Vorschriften des Entwurfes über Konvaleszenz ein höheres auch hier zur Anwendung kommendes Prinzip zu entnehmen ist oder ob man die Vorschriften über Konvaleszenz als keine Ausdehnung zulassende Ausnahmevorschriften anzusehen hat.

Schutz des Nießbrauches.

§ 1017.

Anwendung der Vorschriften über den Eigenthumsschutz.

1. Bei dem Nießbrauche kommen die Vorschriften über den Eigenthumsschutz im Vergleiche mit den sonstigen dinglichen Rechten im weitesten Umfange zur entsprechenden Anwendung, weil sowohl Grundstücke als bewegliche Sachen Gegenstand des Nießbrauches sein können und sowohl eine totale Verletzung des Rechtes durch Entziehung der Inhabung als eine partielle Verletzung des Rechtes möglich ist (vergl. §§ 964, 978, 1048, 1155).

Gestaltung im Einzelnen.

2. Die Konsequenzen aus der analogen Anwendbarkeit der Vorschriften über den Eigenthumsschutz auf den Schutz des Nießbrauches sind leicht zu finden.

Hat der Nießbraucher sich gegenüber eine Person, welche Besitzer ist, ohne zum Besitze berechtigt zu sein, oder einen Inhaber, welcher die Sache für einen solchen Besitzer detinirt, so konkurrirt eine Eigenthumsverletzung mit einer Verletzung des Rechtes des Nießbrauchers; der Nießbraucher und der Eigenthümer haben ein jeder sein besonderes Interesse geltend zu machen. Die Verschiedenheit liegt in der Verschiedenheit des Interesses. Die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 930—933 liegen in diesem Falle auch bei der Vindikation des Nießbrauchers vor.

Ist nicht zugleich das Recht des Eigenthümers, sondern lediglich das Recht des Nießbrauchers verletzt, so tritt eine andere Beurtheilung ein. Befindet sich die Sache in der Hand eines konkurrirenden Putativnießbrauchers, welcher für dieselbe Person innehat, von welcher der Kläger sein Recht ableitet, so bestimmt sich dem Eigenthümer gegenüber die Haftung des Inhabers nicht nach §§ 930—933, sondern, sofern nicht ein besonderes Schuldverhältniß begründet ist, nach den Vorschriften über die Haftung aus Delikt und aus ungerechtfertigter Bereicherung. In entsprechender Weise wird auch der Putativnießbraucher dem wirklichen Nießbraucher gegenüber zu haften haben. Die Vorschriften der §§ 930 ff. ermäßigen die Haftung aus unerlaubten Handlungen nur für den Fall, daß der Besitzer irrthümlich, wenn auch aus verschuldetem Irrthume, für den Berechtigten gehalten wurde; maßt sich Jemand aus schuldbarem Irrthume einen Nießbrauch an, so bleibt es bei der regelmäßigen Haftung nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

Endlich kommt der Fall in Betracht, daß der Nießbraucher dem detinirenden Eigenthümer gegenübersteht. In diesem Falle werden die zu Gunsten des redlichen Besitzers lautenden Vorschriften für den Eigenthümer zur vollen Anwendung gelangen, also namentlich § 930, da die Unkenntniß von dem gewissermaßen theilweisen Mangel des Eigenthumes in gleicher Weise entschuldbar sein muß, wie die Unkenntniß des gänzlichen Mangels des Eigenthumes (vergl. § 899 Abs. 2).

Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen.

§§ 1018—1020.

Vorbemerkungen

1. Der Begriff des Nießbrauches wird in dem Entwurfe nicht in dem engeren Sinne aufgefaßt, daß unter Nießbrauch nur eine gewisse Art von begrenzten Rechten an Sachen verstanden wird. Ein solcher engerer Sinn entspricht der Ausdrucksweise des röm. Rechtes, nach welcher neben den Nießbrauch der uneigentliche Nießbrauch oder quasi-ususfructus gestellt und damit das Vorliegen der Merkmale des eigentlichen Nießbrauches geleugnet wird. Bei einer solchen Ausdrucksweise fehlt es an einem höheren, sowohl den eigentlichen als den uneigentlichen Nießbrauch umfassenden Begriffe. Hierin liegt ein Mangel. Man bleibt in besserer Uebereinstimmung mit dem Wortsinne, wenn man den Ausdruck „Nießbrauch" im weiteren Sinne gebraucht und das Wesentliche des Nießbrauches in dem Zwecke desselben findet, dem Berechtigten ein unmittelbares Recht auf die Ziehung der Nutzungen nicht nur einer Sache, sondern eines Vermögensgegenstandes im Allgemeinen zu geben. So verfahren die modernen Gesetzgebungen[1]). Weiter kommt in Frage, ob man die Bestimmungen über den Nießbrauch als begrenztes Recht an einer Sache von den Vorschriften über die sonstigen Arten des Nießbrauches durch die Bildung von Unterabschnitten trennen soll[2]). Der Entwurf trennt wenigstens die Vorschriften über den Nießbrauch als begrenztes Recht an einer Sache nicht von den Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen. Ein solcher Zusammenschluß ist erstlich innerlich gerechtfertigt, weil auch beim Nießbrauche an verbrauchbaren Sachen dem Nießbraucher ein Recht an der Sache eingeräumt wird, welches ihn zur Verfügung über die Sache behufs Ziehung der Nutzungen ermächtigt. Daneben kommt an zweiter Stelle in Betracht, daß nach der im Entwurfe den Vorschriften über den quasi-ususfructus gegebenen Stellung, die vorausgehenden Bestimmungen auf den quasi-ususfructus anwendbar erscheinen, soweit nicht aus §§ 1018—1020 ein Anderes sich ergiebt. Diese Anwendbarkeit ist freilich eine sehr beschränkte; sie trifft insbesondere in Ansehung des § 983 zu.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 173, 101; code civil Art. 587; ital. G. B. Art. 483; österr. G. B. § 510; zür. G. B. § 737; niederl. G. B. Art. 804, hess. Entw. II, 4 Art. 19.

[2]) Vergl. sächs. G. B. Th. II Abth. 5. III, IV, V; bayr. Entw. Theil III Hptst. IV Unterabschn. 2.

Eigenthumserwerb des Nießbrauchers.

2. Dem geltenden Rechte entspricht der Satz, daß der Nießbraucher an den dem Nießbrauche unterliegenden verbrauchbaren Sachen (§ 780) das Eigenthum erwirbt[1]). Eine Hinausschiebung des Eigenthumserwerbes bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Nießbraucher verbraucht oder veräußert und in diesen letzten Momenten als Eigenthümer erscheint, wie solche bei der ehelichen und elterlichen Nutznießung (§§ 1294, 1523) vorkommt, ist in Ansehung des durch Rechtsgeschäft begründeten Nießbrauches dem geltenden Rechte fremd und wird nicht durch die besonderen Rücksichten, welche im Falle der ehelichen und elterlichen Nutznießung zu nehmen sind, geboten.

Voraussetzung der Verbrauchbarkeit.

3. Voraussetzung der den Eigenthumserwerb des Nießbrauchers bestimmenden Rechtsnorm ist, daß verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauches sind. Der Begriff der verbrauchbaren Sache ist in § 780 vornehmlich mit Rücksicht auf den quasi-ususfructus festgestellt und nach objektiver Merkmalen bestimmt worden.

Dispositive Natur der Rechtsnormen.

Die Rechtsnorm über den Eigenthumserwerb des Nießbrauchers ist dispositiver Natur und ergänzt den rechtsgeschäftlichen auf die Begründung des Nießbrauches gerichteten Willen. Auch die Vorschriften über den gesetzlichen Nießbrauch würden durch die Rechtsnorm ergänzt werden; doch ist in den Fällen des gesetzlichen Nießbrauches, welche der Entwurf kennt (§§ 1294, 1523), die Anwendbarkeit der Rechtsnorm ausgeschlossen. Die Aufnahme einer dispositiven Rechtsvorschrift und nicht einer bloßen Auslegungsregel wird durch das praktische Bedürfniß erfordert, welches verlangt, daß die objektive Eigenschaft der Verbrauchbarkeit der Sache auch in Fällen entscheide, in denen diese Eigenschaft den Vertragschließenden nicht zum Bewußtsein gekommen ist und deshalb nicht auf den Willen derselben bestimmend eingewirkt haben kann. Die Rechtsnorm hat nämlich auch dann einzutreten, wenn eine nicht vorausgesehene Umwandelung der dem Nießbrauche unterliegenden nichtverbrauchbaren Sache stattfindet, z. B. wenn eine metallene Statue zerschmilzt oder ein Thier stirbt; man wird den späteren Eigenthumserwerb des Nießbrauchers auf den ursprünglichen Begründungsvertrag zurückführen und annehmen müssen, daß ev. auch der quasi-ususfructus habe zugewendet werden sollen.

Wegen der dispositiven Natur der Rechtsregel bleibt es möglich, daß die Betheiligten den Eintritt der Rechtsnorm ausschließen und auf verbrauchbare Sachen die Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen. Andererseits wird es den Betheiligten nicht verwehrt sein, auch bei nichtverbrauchbaren Sachen die Vorschriften über den quasi-ususfructus durch Vereinbarung eintreten zu lassen, ohne daß indessen für den Fall einer Abschätzung der zum Nießbrauche gegebenen Sachen eine gesetzliche Vermuthung, daß die Begründung des quasi-ususfructus beabsichtigt sei, aufzustellen ist, da eine solche Vermuthung für viele Fälle nicht zutreffen würde und es besser ist, der Auslegung im einzelnen Falle nicht vorzugreifen. Die Regel, daß das begrenzte Recht durch die Privatautonomie nicht über

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 173; code civil Art. 587; sächs. G. B. § 623; niederl. G. B. Art. 804; ital. G. B. Art. 483; zür. G. B. § 737; österr. G. B. § 510. Vergl. bayr. Entw. III Art. 256, hess. Entw. II, 4 Art. 19.

seinen Normal- und zugleich Maximalinhalt erweitert werden könne, trifft nicht zu, da nicht die Bestellung eines begrenzten Rechtes und überhaupt nicht die Begründung einer besonderen Art von Recht an der Sache in Frage steht, sondern nur Eigenthum verschafft werden soll.

Begründung des Quasiusufructus.

4. Aus der Stellung der Vorschriften über den quasi-ususfructus im Entwurfe ergiebt sich, daß auf die Begründung des quasi-ususfructus durch Rechtsgeschäft die Bestimmungen des § 983 über die Begründung des Nießbrauches an beweglichen Sachen Anwendung finden. Man könnte hiergegen einwenden, daß durch den Begründungsakt nach dem Willen der Betheiligten Eigenthum übertragen werden soll, daß deshalb ein einfacher Fall der Eigenthumstradition vorliege und der Umstand, daß zum Behufe der Begründung des quasi-ususfructus Eigenthum übertragen werden solle, nur zu den Motiven des abstrakten Vertrages gehöre. Es läßt sich aber auch die Auffassung halten, daß der Wille der Betheiligten auf Nießbrauchsbestellung gehe und durch dispositive Rechtsnorm, wenn über verbrauchbare Sachen verfügt wird, dahin ergänzt werde, daß an den verbrauchbaren Sachen das Recht des Nießbrauchers, wie bei den getrennten Früchten, zum Eigenthume sich erweitern solle. Der Unterschied der beiden Auffassungen ist mehr theoretischer Natur; nur wird durch die letztere Auffassung das richtige der dispositiven Natur der Rechtsnorm über den Eigenthumserwerb des Empfangenden entsprechende Resultat klarer gestellt, daß zum Eigenthumsübergange nicht die Kenntniß der Betheiligten von der Eigenschaft einer betroffenen Sache als einer verbrauchbaren erforderlich ist. Die Inhabungsübergabe wird durch die dispositive Rechtsnorm zur Besitzübergabe ergänzt. Da die rechtsgeschäftliche Begründung des quasi-ususfructus Eigenthum verschafft, so müssen in gleicher Weise, wie bei der Eigenthumstradition, die zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers gereichenden Vorschriften der §§ 877—879 entsprechende Anwendung finden (§ 1018 Abs. 2). Daß auch die Vorschriften über die Ersitzung Anwendung leiden, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, weil die Inhabungsübergabe bei der Begründung des quasi-ususfructus in eine Besitzübergabe übergeht, mit dem Besitze also die Voraussetzung für die Ersitzung gegeben ist.

Gutgläubiger Erwerb.

Schuldverhältniß.

5. Die Vorschriften über die Legalobligation des Nießbrauchers passen nicht für den Fall des quasi-ususfructus, da dieselben den Inhalt des begrenzten Rechtes des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthume bestimmen. Ein beharrendes Recht an der Sache bleibt bei dem Besteller des quasi-ususfructus nicht zurück; ein solches Recht kann mithin auch nicht als Grund von Ansprüchen, insbesondere als Grundlage des Rückgewähranspruches, gedacht werden. Auf welcher Grundlage der mit der Begründung des quasi-ususfructus erwachsende Anspruch beruhe, ob er insbesondere, wie in der gemeinrechtlichen Doktrin vielfach angenommen wird, lediglich einen obligatorischen, darlehnsartigen Vertrag zur Grundlage habe, kann dahingestellt bleiben. Erforderlich ist nur eine Bestimmung über die Gläubigerschaft. Der Entwurf bezeichnet den Besteller des Nießbrauches als Gläubiger. Damit soll derjenige als Gläubiger bezeichnet werden, welcher an den Empfänger geleistet hat. Ob der Empfänger das Eigenthum erworben hat, weil der Besteller Eigenthümer

war, oder ob der Empfänger Eigenthum in originärer Weise kraft Gesetzes auf Grund der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben erworben hat, bleibt — ebenso wie beim Darlehen — für die Entstehung des Restitutionsanspruches gleichgültig, da in einem solchen Falle der Mangel des Eigenthumes des Bestellers nur für diesen, wegen der gegen denselben entstehenden Kondiktion, Folgen hat.

Rückgewähr

6. Was den Inhalt des Restitutionsanspruches anlangt, so bestehen im geltenden Rechte Verschiedenheiten. Wenn die verbrauchbaren Sachen zugleich vertretbare Sachen (§ 779) sind, so scheint viel dafür zu sprechen, daß dieselbe Quantität, wie beim Darlehen (§ 453 Abs. 1), zurückzugeben ist. Handelt es sich nicht um vertretbare Sachen, so liegt eine Restitution in Geld am nächsten, und es fragt sich nur, ob für die Werthbestimmung der Anfangs- oder der Endzeitpunkt maßgebend sein soll. Daneben kommt, wenn man von der Regel einer Restitution dem Werthe nach ausgeht, noch in Frage, ob dem Nießbraucher eine facultas alternativa einzuräumen ist, dahin gehend, daß statt in Geld bei vertretbaren Sachen in Natur restituirt werden könne.

Die modernen Gesetzgebungen lassen die Befolgung eines bestimmten Prinzipes nicht erkennen[1]).

Die Bestimmung des Entwurfes in § 1018 Abs. 1 beruht auf folgenden Erwägungen:

1. des Werthes.

a) Für die Bestimmung der Werthrückgewähr sowohl bei nicht vertretbaren als auch bei vertretbaren Sachen spricht die regelmäßige Unbestimmtheit des Leistungstermines, da der unerwartete Empfang der Leistung in Natur dem Interesse des Gläubigers zuwiderläuft und die plötzliche Beschaffung der zu restituirenden Sachen für den Schuldner drückend wird.

z. B. des Beginnes des N.

b) Für die Werthbestimmung kann nur der Zeitpunkt des Beginnes des Nießbrauches maßgebend sein, weil andernfalls der zurückzugewährende Werthbetrag in Abhängigkeit treten würde von zufälligen Umständen, Sinken und Steigen des Preises.

2. in Natur.

c) Dafür, daß mit dem sächs. G. B. dem Nießbraucher die fakultative Befugniß der Rückgewähr in Natur eingeräumt werde, sprechen einige Billigkeitsgründe, jedoch nur, wenn vertretbare Sachen Gegenstand des Nießbrauches sind. Aber auch in diesem Falle stehen einer derartigen Begünstigung des Nießbrauchers überwiegende Bedenken entgegen; denn, wenn es sich nicht gerade um den Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen handelt, dessen wirthschaftliche Benutzung die Haltung eines gewissen Bestandes von vertretbaren Sachen erfordert, so ist es ungewiß, ob der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches sich im Besitze der zu restituirenden Quantität vertretbarer Sachen befindet. Dazu kommt, daß die Qualität der vertretbaren Sachen im Laufe der Zeit leicht wechselt und durch einen solchen Wechsel die Möglichkeit, Sachen gleicher Art und Güte zu restituiren, ausgeschlossen wird. Die in Frage stehende Begünstigung des Nießbrauchers würde also in der Regel für den

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 173; code civil Art. 587; sächs. G. B. § 623; österr. G. B. § 510; zür. G. B. § 737; ital. G. B. Art. 483. Vergl. bayr. Entw. III Art. 256, hess. Entw. II, 4 Art. 19.

einen Theil lästig werden, ohne dem anderen Theile sonderlich zu nützen, während in den Ausnahmefällen des Nießbrauches an einem Inbegriffe eine dem beiderseitigen Interesse entsprechende Vereinbarung des Restitutionsmodus stattfinden wird.

Werthfeststellung.

7. Die Gründe, welche für die in § 992 bestimmte Zulassung einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse in vereinfachter Form über den Zustand der mit dem Nießbrauche belasteten Sache maßgebend gewesen sind, sprechen für eine ähnliche Bestimmung im Falle des quasi-ususfructus, nur daß hier nicht der Zustand, sondern der Werth der Sache bei Beginn des Nießbrauches festzustellen ist (§ 1019).

Der Quittungspflicht des Nießbrauchers (§ 269 Abs. 1, § 270) braucht an dieser Stelle nicht gedacht zu werden.

Kautionspflicht.

8. Die Gesetzgebungen, welche die Kautionspflicht bei dem gewöhnlichen Nießbrauche kennen, bestimmen dieselbe auch für den Fall des quasi-ususfructus[1]). Das preuß. Recht kennt die Kautionspflicht hier ebensowenig wie dort. Der Entwurf folgt dem preuß. Rechte. Mag auch bei dem quasi-ususfructus die Gefährdung des Bestellers etwas größer sein, weil derselbe kein Recht an der Sache behält, sondern auf einen obligatorischen Anspruch beschränkt ist, so rechtfertigt doch dieser graduelle Unterschied nicht eine prinzipiell verschiedene Behandlung. Die Parteiintention wird in beiden Fällen dieselbe sein und nicht auf eine Erschwerung der Lage des Nießbrauchers im Falle des quasi-ususfructus gehen.

Wegen der Gleichbehandlung beider Fälle kommt der Entwurf auch dazu, unter Umständen bei dem quasi-ususfructus eine Kautionspflicht eintreten zu lassen. Die Voraussetzung derselben ist verschieden zu bestimmen, da eine Gefährdung des Eigenthümers durch eine pflichtwidrige Behandlung der Sache, wie bei dem gewöhnlichen Nießbrauche, bei dem quasi-ususfructus nicht denkbar ist. Hier ist die Gefährdung vielmehr in den persönlichen Verhältnissen, namentlich in der Vermögenslage des Nießbrauchers, zu suchen (§ 1020 Satz 1).

Zurückbehaltungsrecht des Bestellers.

9. Besteht bereits in dem Zeitpunkte, in welchem die Bestellung zu geschehen hat, der Grund für die Kautionspflicht, so wird schon aus § 233 gefolgert werden können, daß, wenn Bestellungspflicht und Kautionspflicht einander gegenüberstehen, der Bestellungspflichtige nicht vorzuleisten braucht, da beide Verpflichtungen aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen. Der Entwurf hat es indessen für zweckmäßig erachtet, die aus der Annahme eines Zurückbehaltungsrechtes sich ergebende Konsequenz in § 1020 Satz 2 auszusprechen. Ist Geld Gegenstand des quasi-ususfructus, so kann der Kautionspflichtige seiner Pflicht durch Einwilligung in eine die Rückgewähr sichernde Art der Belegung des Geldes genügen.

Aufhebung durch Rechtsgeschäft.

10. Ueber die Aufhebung des quasi-ususfructus durch Rechtsgeschäft wird eine Bestimmung nicht gegeben. Daß die Vorschriften, welche auf den Fall des gewöhnlichen Nießbrauches sich beziehen, nicht passen, ist klar, da bei dem Besteller kein konsolidationsfähiges Recht zurückbleibt. Nach § 231 Abs. 2

---

[1]) Sächs. G. B. § 629; code civil Art. 601; ital. G. B. Art. 497; niederl. G. B. Art. 831. Vergl. bayr. Entw. III Art. 268, hess. Entw. II, 4 Art. 32.

kann der Nießbraucher zu jeder Zeit restituiren. Die Restitution geschieht, da es sich nicht um die Herstellung eines einem fortbeharrenden Rechte des Bestellers entsprechenden Zustandes handelt, wie beim Darlehen, durch dinglichen Vertrag. Möglich bleibt, daß ein obligatorischer den Erfüllungstermin verfrühender Vertrag geschlossen wird.

II. Nießbrauch an Rechten.

Allgemeine Vorschriften.

§§ 1021—1026.

Vorbemerkungen.

1. Zum Nießbrauche an Rechten kam die römische Jurisprudenz, indem sie das Vermächtniß des Nießbrauches am ganzen Vermögen zuließ; zu einer einigermaßen vollständigen Ausgestaltung des im Falle des Nießbrauches an Rechten eintretenden Rechtsverhältnisses ist es indessen nicht gekommen. Auch in den modernen Gesetzgebungen finden sich nur spärliche Bestimmungen über den Nießbrauch an Rechten. Das preuß. A. L. R.[1]) enthält Vorschriften über den Nießbrauch am ganzen Vermögen und über den Nießbrauch an Kapitalien. Das franz. G. B.[2]) gedenkt des Nießbrauches am ganzen Vermögen und enthält eine Vorschrift über den Nießbrauch an einer Leibrente. Das sächs. G. B.[3]) bringt in besonderen Abschnitten Bestimmungen über den Nießbrauch an Forderungen, an einer Leibrente, an einem Auszuge und einem Kure und an einem ganzen Vermögen. Im österr. G. B.[4]) wird der Nießbrauch an einem „anliegenden Kapital" erwähnt. Der bayr. Entw.[5]) enthält Bestimmungen über den Nießbrauch an Forderungen und an einem ganzen Vermögen, der hess. Entw.[6]) über den Nießbrauch an Forderungen. Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß das Gesetz die Bestellung des Nießbrauches an Rechten, um dieselbe zu ermöglichen, ausdrücklich zulassen müsse (§ 1021 Abs. 1), zumal der Begriff von Eigenthum und Sache im Entwurfe enger aufgefaßt wird, als im preuß., franz. und österr. Rechte, und diese engere Auffassung eine Ausdehnung der Vorschriften über den Sachnießbrauch auf den Nießbrauch an Rechten ausschließt. Für unrichtig wird die in der gemeinrechtlichen Doktrin vorkommende Meinung erachtet, daß, wenn das Gesetz die Uebertragung eines Rechtes zugelassen habe, damit zugleich die Bestelluug des Nießbrauches an einem Rechte zugelassen sei, weil man diese Bestellung als eine beschränkte und bedingte Uebertragung anzusehen habe. Mit der Uebertragbarkeit eines Rechtes ist die Bestellung von Rechten am Rechte ebensowenig der Privatautonomie freigegeben, wie mit der Uebertragbarkeit des Eigen-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 42, 71, 101—110.
[2]) Code civil Art. 612, 588.
[3]) Sächs. G. B. Th. 2 Abth. 5 Abs. 3 III, IV, V.
[4]) Oesterr. G. B. § 510.
[5]) Bayr. Entw. Th. III Hptst. Nr. 2.
[6]) Hess. Entw. II, 4 Art. 22—24.

thumes die Begründung von begrenzten Rechten an der Sache. Die Frage, ob man ein Recht in gleicher Weise als Gegenstand eines Rechtes ansehen könne, wie eine Sache, eine Person (oder die Handlungen einer Person), ist theoretischer Natur und kann dahingestellt bleiben.

Unmittelbares Recht am Rechte.

Dem Entwurfe liegt das Prinzip zu Grunde, daß der Erwerber des Nießbrauches unmittelbar Mitberechtigter in Ansehung des dem Nießbrauche unterworfenen Rechtes wird, nicht etwa blos obligatorische Rechte gegenüber dem Berechtigten erhält, sondern allen dritten Personen gegenüber, soweit der Inhalt seines Rechtes solches erfordert, ebenso wie bei dem Sachnießbrauche unmittelbar berechtigt ist. Es tritt ein Verhältniß ein, welches mit der Rechtsgemeinschaft einige Aehnlichkeit hat, wie denn eine solche Aehnlichkeit, wenn auch in einem minderen Maße, bei den begrenzten Rechten an Sachen, bei der Vorerbschaft und bei dem Zustande der Pendenz, wenn der Uebergang oder Rückfall eines Rechtes von einer Bedingung abhängig ist, nicht geleugnet werden kann. Die Ordnung unter den Betheiligten ist verschieden von der Kommunionsordnung. Selbständige Verfügungsbefugniß eines jeden der beiden Theile tritt ein, soweit für Verfügungen Raum ist, welche die Interessen des anderen Theiles nicht berühren und nicht gefährden. Bei Berührung der Interessen wird die dem Berechtigten an sich verbleibende Verfügungsbefugniß gesperrt und die Einwilligung des Nießbrauchers erfordert. Bei Forderungen, welche auf Zinsen ausstehen, und bei Inhaberpapieren, wo die beiderseitigen Interessen ein Unterbleiben jeder Verfügung verbieten und gewisse Maßnahmen nöthig machen, läßt der Entwurf eine Vergemeinsamung der dem beiderseitigen Interesse dienenden Verfügungsmacht eintreten.

Nießbrauch an Gesellschaftsantheilen.

Ueber den Nießbrauch an Gesellschaftsantheilen bringt der Entwurf in Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen keine besonderen Bestimmungen. Nach § 1022 kann der Nießbrauch als dingliches Recht nicht an einem Gesellschaftsantheile, sondern nur an den in § 644 Satz 2 bezeichneten Forderungen begründet werden. Möglich bleibt ein Vertrag obligatorischer Natur, durch welchen ein Gesellschafter sich verpflichtet, einer anderen Person die Einkünfte aus seinem Antheile zukommen zu lassen. Geht der Wortlaut des Vertrages auf die Begründung des Nießbrauches am Gesellschaftsantheile, so ist nach § 111 im einzelnen Falle zu ermitteln, ob in einem Vertrage des fraglichen Inhaltes die Absicht der Vertragschließenden auf Unterwerfung der übertragbaren Gesellschaftsforderungen unter den Nießbrauch geht oder ob ein obligatorischer Vertrag, welcher den Gesellschafter zu Ueberlassung der Nutzungen verpflichtet, beabsichtigt war.

Anwendung der Vorschriften über Sachnießbrauch.

2. Der erste Absatz des § 1021 ist bereits unter Ziffer 1 gerechtfertigt.

Der zweite Absatz des § 1021 unterstellt den Rechtsnießbrauch der analogen Anwendung der Vorschriften über den Sachnießbrauch. Die Analogie trifft nicht zu in Ansehung der Vorschriften, welche die Eigenschaft des Nießbrauches als eines begrenzten Rechtes an einer Sache zur Voraussetzung haben. Besonders wichtig ist die aus § 1021 Abs. 2 sich ergebende Konsequenz, daß der Nießbraucher am Rechte ebenso wie der Nießbraucher an der Sache eine dem Inhalte des belasteten Rechtes entsprechende absolute Rechtsstellung und nicht etwa blos obligatorische Rechte gegenüber dem Berechtigten erhält. Für die

gedachten Berechtigungen ergiebt sich die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über den Sachnießbrauch schon aus § 781 Abs. 2. Der Nießbrauch an einer Eigenthumsquote wird nach § 981 direkt als Sachnießbrauch vom Entwurfe behandelt.

Absolute Rechte.

Bei allen absoluten Rechten, soweit dieselben nach § 1022 überhaupt zum Gegenstande des Nießbrauches gemacht werden können, bietet die analoge Behandlung der Rechte mit den Sachen, welche mit einem Nießbrauche belastet sind, keine besonderen Schwierigkeiten. Sie theilen mit den Sachen — Sache für Eigenthum an der Sache gesetzt — die Eigenschaft, feste und bleibende Vermögensstücke zu sein, d. h. Erscheinungsformen von Werthen, welche behufs der Nutzbarmachung angelegt sind, im preuß. Rechte als Kapitalien bezeichnet. Was Nutzung des belasteten Rechtes ist, ergiebt sich aus § 792 Ziff. 2, 3, § 793. Eine weit größere Schwierigkeit besteht in Ansehung der Forderungsrechte, welche zum Gegenstande des Nießbrauches gemacht sind, da in der Regel die Forderung nur zur Verschaffung eines Gegenstandes des Nießbrauches dienen kann und nur ausnahmsweise die Eigenschaft eines festen Vermögensstückes, eines angelegten Kapitales, gewinnt. Hieraus erklärt sich, daß der Entwurf eine größere Zahl von Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungsrechten bringt.

Forderungsrechte.

Uebertragbarkeit des zu belastenden Rechtes.

3. Die Vorschrift des § 1022 entspricht der analogen für das Pfandrecht an Rechten in § 1207 enthaltenen Vorschrift. Soweit eine gesetzliche Bestimmung der Uebertragung eines Rechtes entgegensteht, ergiebt sich aus dem Zwecke der Vorschrift, daß auch die partielle Veräußerung, welche in der Nießbrauchsbestellung liegt, ausgeschlossen bleibt. Da es sich hier nur um eine Beschränkung der Privatautonomie handelt, so ist zu bestimmen, daß an solchen Rechten Nießbrauch nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden kann, und ist der hier nicht zu lösenden Frage, ob gesetzlicher Nießbrauch an nicht übertragbaren Rechten stattfindet, nicht vorzugreifen.

Begründung und Veräußerung des R.

4. Der Vorschrift des § 1023 liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Nießbrauch an einem Rechte eine theilweise und eigenthümliche, den Besteller für gewöhnlich nicht ganz verdrängende Sukzession in das belastete Recht bildet. Man kann zwar die Fälle der Bestellung eines begrenzten Rechtes an einer Sache aus einem gleichen Gesichtspunkte betrachten; jedoch liegen in diesen Fällen besondere Gründe vor, die Bestellung von begrenzten Rechten an Sachen in mehrfacher Beziehung, nicht blos in Ansehung der Form, anders zu behandeln als die Eigenthumsübertragung. Dergleichen Gründe fehlen im vorliegenden Falle; es ist deshalb gerechtfertigt, bei der dem bezeichneten Grundgedanken entsprechenden Regel stehen zu bleiben. Diese Regel muß dann aus den gleichen inneren Gründen auch Geltung haben, wenn der Nießbrauch am Rechte selbst wieder veräußert wird. Für den Nießbrauch an Rechten an Grundstücken würde sich das gleiche Resultat schon aus § 828 ergeben.

Die Angleichung der Nießbrauchsbestellung an die Uebertragung des belasteten Rechtes führt zur Anwendung der Vorschriften nicht nur über die rechtsgeschäftliche Form, sondern auch aller sonstigen von dem totalen auf den partiellen Rechtsübergang zu erstreckenden Vorschriften.

Wenn die Vorschriften über den Rechtsübergang für anwenddar erklärt werden, so läßt sich, da die Sukzession eine Rechtsänderung dinglichen Karakters ist, nicht ohne Grund aufstellen, daß auch alle Vorschriften anwendbar werden, welche das Verhältniß des Erwerbers zu dritten Personen regeln. Es ist indessen von großer praktischer Wichtigkeit, dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß die Vorschrift des § 1023 nur auf das Verhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber des Nießdrauches sich beziehe. Vorschriften, welche das Verhältniß des Erwerbers zu dritten Leistungsverpflichteten regeln, giebt es nicht nur bei Forderungsrechten, sondern auch bei anderen Rechten, insbesondere bei der Grundschuld. Auch kommen nicht blos die Vorschriften in Betracht, welche sich in dem Abschnitte des Entwurfes über die Zession befinden (§§ 303—307), sondern auch an anderen Stellen der Gesetzgebung sich findende Vorschriften, z. B. die Vorschriften über die Uebertragung der Rechte aus indossabelen oder Inhaberpapieren. Der Entwurf (§ 1023) zitirt deshalb nicht, sondern spricht den Satz aus, daß bei der partiellen Uebertragung, welche in der Nießbrauchsbegründung liegt, dritte Leistungsverpflichtete dieselbe Stellung haben, wie bei der totalen Uebertragung. Die in § 1087 Abs. 2 bestimmte Erleichterung ist nur für den Fall der Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung vorgeschrieben; für den Fall der Bestellung eines Nießbrauches oder der Verpfändung ist die bezeichnete Erleichterung nicht Bedürfniß; hier wie im § 1208 ist deshalb die Anwendung der betreffenden Vorschrift ausgeschlossen (§ 1023 Satz 2).

Verfügungsbeschränkung des Berechtigten.

5. In § 1024 ist ein Satz positiver Natur ausgesprochen, welchem derselbe Gedanke wie den Vorschriften des § 960 Abs. 2, § 965 Abs. 2, § 977 Abs. 2, §§ 1015, 1016, 1061 Abs. 2, § 1189 zu Grunde liegt. Selbstverständlich ist, daß das Recht des Nießbrauchers durch Verfügungen über das belastete Recht nicht beeinträchtigt werden kann. Man könnte aber annehmen, daß in dem Falle, wenn das belastete Recht durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung gemindert, insbesondere durch einen Verzicht aufgehoben werde, die aufhebende Wirkung zwar gegenüber dem Berechtigten eintrete, aber zu Gunsten des Nießbrauchers ein relativer Fortbestand des Rechtes stattfinde. Gegen eine solche relative Fortdauer eines Rechtes zu Gunsten eines an dem Rechte Berechtigten hat sich der Entwurf bei dem Vorkaufsrechte, dem Erbbaurechte, den Dienstbarkeiten, den Reallasten und dem Faustpfandrechte entschieden und den Uebelstand dadurch beseitigt, daß die Einwilligung des an dem Rechte Berechtigten zur Voraussetzung für die aufhebende Wirkung des Verzichtes gemacht ist (vergl. S. 463 Nr. 3). Hier ist deshalb eine entsprechende jedoch weitertragende und auf alle das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigenden Verfügungen sich beziehende Vorschrift geboten.

Aufhebung durch Rechtsgeschäft.

6. Wird über die Aufhebung des Nießdrauches an einem Rechte durch Rechtsgeschäft nichts bestimmt, so ist dieselbe gemäß § 1021 Abs. 2 nach Analogie der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen zu beurtheilen. Ist das dem Nießbrauche unterliegende Recht ein Recht an einem Grundstücke oder wenigstens nicht ein Recht an einer beweglichen Sache, so könnte in Zweifel gezogen werden, ob die Vorschrift des § 1015 oder die Vorschriften des § 1016 zur Anwendung gelangen. Dieser Zweifel wird durch die Vor-

schrift des § 1025 beseitigt, welche die Bestimmungen des § 1016 in allen Fällen des Rechtsnießbrauches zur Anwendung gelangen läßt. Das Erforderniß der Löschung würde bei der Aufhebung des Nießbrauches an einem eingetragenen Rechte eine unnöthige Erschwerung sein; auch in Ansehung des Pfandrechtes an einem eingetragenen Rechte ist im Entwurfe die Löschung nicht vorgeschrieben. Die mit der Aufhebung des Nießbrauches ohne Löschung eintretende Unrichtigkeit des Grundbuches wird für dritte Personen durch die Vorschriften der §§ 837, 838 unschädlich gemacht.

Ansprüche gegen Dritte als Nutzungen des Rechtes.

7. Man kann vielleicht schon aus dem dinglichen Karakter des Nießbrauches an Rechten, d. h. aus dem unmittelbaren und gegen Dritte wirksamen Verhältnisse, in welches der Nießbraucher zu dem dem Nießbrauche unterworfenen Rechte tritt, die Folgerung ableiten, daß dieses unmittelbare Verhältniß in Ansehung der Ansprüche, welche unter den Begriff der Nutzungen fallen, mit deren Entstehung zum Gläubigerrechte an denselben werde, ebenso wie der Sachnießbrauch an den Früchten der Sache mit deren Trennung zum Eigenthume sich steigert. Da indessen jene an sich richtige Konsequenz von nicht geringer praktischer Bedeutung und die Besorgniß einer Verkennung derselben nicht ausgeschlossen ist, so erscheint es gerathen, jene Konsequenz im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen. Die praktische Bedeutung zeigt sich namentlich, wenn derjenige, dessen Recht dem Nießbrauche unterliegt, in Konkurs geräth. Das innere obligatorische Verhältniß gewährt hier dem Nießbraucher keinen Schutz; der Zeitpunkt des Legalüberganges braucht nicht bestimmt zu werden, da er aus § 794 sich ergiebt, nämlich als derjenige Moment, in welchem der zur Existenz gelangte Anspruch unter den Begriff der Nutzungen fällt. Ist hierzu die Fälligkeit nicht erforderlich — bei Ansprüchen, welche zu den pro rata temporis zu theilenden Erträgen gehören —, so wird ein kontinuirlicher mit Ablauf der Zeit zunehmender Uebergang stattfinden.

Nießbrauch an einer Leibrente ꝛc.

§ 1027.

Zeitlich begrenzte nutzbare Rechte.

1. Dem Umstande, daß das nutzbare Recht in seiner Dauer begrenzt ist, ist in §§ 792, 793 kein Einfluß auf die Frage beigelegt, ob die durch das Recht gebotenen Vortheile als Nutzungen des Rechtes anzusehen sind. Bei dem Sachnießbrauche kommt eine zeitliche Begrenzung in doppelter Weise vor, nämlich als Begrenzung des Eigenthumes des Bestellers durch Bedingung oder Zeitbestimmung und als Folge des Umstandes, daß die Ziehung der Nutzungen die Sache allmählich aufzehrt. In analoger Weise kann auch ein dem Nießbrauche unterliegendes Recht begrenzt sein. Daß der Fruchtbegriff durch eine derartige Begrenztheit des nutzbaren Rechtes nicht berührt wird, ist in § 792 unter Nr. 2 klar zum Ausdrucke gebracht. Die Aufnahme einer den gleichen Zweck der Klarstellung für den Fall des Nießbrauches an einem Rechte verfolgenden Vorschrift an dieser Stelle erscheint deshalb entbehrlich und könnte auch, als Besonderheit aufgefaßt, zu Mißverständnissen führen. Insbesondere ist deshalb von der Aufnahme einer Vorschrift dahin abzusehen, daß dem an

einem Nießbrauche Nießbrauchsberechtigten die Nutzungen der Sache gebühren und nicht etwa zu kapitalisiren sind[1]). Ein zeitlich begrenztes nutzbares Recht, z. B. revokabeles Eigenthum, hat an sich eine große Aehnlichkeit mit dem Nießbrauche. Die Bestellung des Nießbrauches an einem zeitlich begrenzten Rechte kann in ihrer Wirkung der Uebertragung des belasteten Rechtes gleichkommen und kann die Grenze zwischen Uebertragung und Belastung sich verwischen.

Nießbrauch an Bergwerkseigenthum ꝛc.

2. Der Hauptfall einer solchen zeitlichen Begrenzung des dem Nießbrauche unterliegenden Rechtes, welche die Folge einer Erschöpfung der Nutzbarkeit der mit dem Rechte belasteten Sache ist, liegt bei dem Bergwerkseigenthume, den Kuxen und bei den im sächs. Rechte vorkommenden selbständigen Abbaugerechtigkeiten vor. Die Aufnahme einer Bestimmung an dieser Stelle, daß die Ausbeute dem Nießbraucher zufällt, wird durch die allgemeine Bestimmung (§ 792 Nr. 2) entbehrlich gemacht[2]). Auf die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers an einer bergrechtlichen Gerechtsame werden die Vorschriften des partikularen Bergrechtes, für deren Aufrechterhaltung im Einführungsgesetze Sorge zu tragen ist, von Einfluß bleiben; ein weiteres Eingreifen der Reichsgesetzgebung erscheint nicht angezeigt.

Leibrente, Leibzucht ꝛc.

3. Bei denjenigen obligatorischen Rechten, welche dem Gläubiger auf dessen Lebensdauer gewisse wiederkehrende Leistungen sichern sollen (Leibrentenrecht, Leibgeding, Altentheil, Auszug), kann, wenn ein solches Recht einem Nießbrauche unterliegt, der Zweifel entstehen, ob man ein einheitliches zeitlich begrenztes Recht als Gegenstand des Nießbrauches anzusehen habe. Wird diese Frage bejaht, so ist nach dem vorstehend unter 1. Bemerkten kein Zweifel, daß die einzelnen wiederkehrenden Leistungen als Nutzungen des Rechtes dem Nießbraucher gebühren. Diese Frage wird vom Entwurfe im Obligationenrechte, wo in den §§ 660—663 Vorschriften über die Leibrente sich finden, nicht entschieden. Auch an dieser Stelle will der Entwurf keine Entscheidung dieser Frage geben. Aber mag man nun das Renten- ꝛc. Recht als einheitliches Recht oder als Mehrheit von bedingten Forderungsrechten ansehen, so entspricht es bei dem durch Rechtsgeschäft begründeten Nießbrauche dem zu vermuthenden Willen der Betheiligten und der wirthschaftlichen Auffassung, daß die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen als Nutzungen und nicht als mit einem Nießbrauche belastete Forderungsrechte zu behandeln sind. Es ist deshalb für den Fall des Nießbrauches am Leibrenten- ꝛc. Rechte eine Bestimmung aufzunehmen[3]), bei welcher dahingestellt bleibt, ob dieselbe einen positiven Karakter hat oder nur erläuternder Natur ist. Wenn die den Gegenstand des Nießbrauches bildenden obligatorischen Rechte auch nach Beispielen bezeichnet werden, da eine genügend genaue Bezeichnung des maßgebenden Merkmales nicht wohl zu finden ist, so wird eine Lücke sich nicht ergeben, da der Vorschrift ein höheres Prinzip entnommen und dieses Prinzip auf andere Fälle angewendet werden kann. Insbesondere werden mit den Renten- ꝛc. Rechten gleich zu behandeln sein

---

[1]) Sächs. G. B. § 635; bayr. Entw. III Art. 267.

[2]) Vergl. sächs. G. B. § 630.

[3]) Vergl. code civil Art. 588; sächs. G. B. § 630; bayr. Entw. III Art. 264.

Rechte dinglichen Karakters, z. B. das Recht auf Realleistungen, da hier das Besondere nur darin besteht, daß für die einzelnen zukünftigen Leistungen nicht persönlich, sondern nur mit dem Grundstücke gehaftet wird. Schließt der Zinsenbetrag eine Amortisationsquote ein, so ist die Kapitalforderung in ein zeitlich begrenztes Rentenrecht umgesetzt; doch wird man nicht mit gleicher Sicherheit, wie bei den Leibrentenleistungen die Eigenschaft der Ansprüche auf die einzelnen periodischen Leistungen als Nutzungen bezeichnen können, es werden vielmehr die Besonderheiten des einzelnen Falles zu berücksichtigen bleiben.

Nießbrauch an Forderungen.

§§ 1028, 1029.

Regelfall.

1. In den §§ 1028, 1029 wird als Gegenstand des Nießbrauches einfach ein Forderungsrecht vorausgesetzt und die regelmäßige Rechtsstellung des Forderungsnießbrauchers bestimmt. Die Regel erleidet Modifikationen, wenn Forderungen gewisser Art Gegenstand des Nießbrauches sind; diese Modifikationen werden in den folgenden Paragraphen bestimmt.

Einziehungsrecht des Nießbrauchers.

2. Die einfache Forderung gewährt keine Nutzungen, sondern ist nur ein Mittel, um einen nutzbaren Vermögensgegenstand zu erhalten. Das Recht des Nießbrauchers an der Forderung kann also nur dazu dienen, dem Nießbraucher bei Realisirung der Forderung den Nießbrauch an dem Gegenstande der Forderung zu verschaffen, und muß einen diesem Zwecke entsprechenden Inhalt erhalten. Aus dem dinglichen Karakter des Nießbrauches an einem Rechte folgt, daß der Nießbraucher sein Recht gegenüber allen anderen Personen, also bei dem Forderungsnießbrauche auch gegenüber dem Schuldner muß geltend machen können. Hierbei erhebt sich indessen die Schwierigkeit, daß das Recht des Nießbrauchers und das Recht des Gläubigers bei der Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner nicht leicht von einander getrennt werden können. Man kann jedoch nicht wegen dieser Schwierigkeit dem Nießbraucher ein selbständiges Recht zur Einziehung der Forderung versagen und ihn auf den Anspruch auf Leistung an ihn und an den Gläubiger gemeinschaftlich beschränken, weil auf diese Weise der Nießbraucher in eine Abhängigkeit von dem Gläubiger gerathen und sein Recht wesentlich geschwächt werden würde. Es ist mithin davon auszugehen, daß der Nießbraucher auf Grund seines Nießbrauches ein selbständiges und den Eigenthümer ausschließendes Einziehungsrecht hat. Man darf aber nicht zu dem Zwecke der Einziehung dem Nießbraucher gegenüber dem Schuldner die Stellung eines vollen Zessionars des Gläubigers geben, weil auf diese Weise das Recht des Gläubigers im Wesentlichen aufgehoben werden würde, da Zessionen, Vergleiche und Prozesse des Nießbrauchers auch den Gläubiger binden würden. Im geltenden Rechte — in den modernen Gesetzgebungswerken finden sich nur spärliche Bestimmungen[1]) — bleibt es zweifelhaft, inwieweit die Gläubigerschaft auf den Nießbraucher übergehen soll. Giebt man dem Nießbraucher das selbständige Einziehungsrecht (§ 1028 Satz 1),

[1]) Sächs. G. B. § 625; hess. Entw. II, 4 Art. 22; bayr. Entw. III Art. 258

aber auch nur das Einziehungsrecht (§ 1028 Satz 2), so ist der Umfang der Befugnisse des Nießbrauchers genügend bestimmt. Ueber die Konstruktion des Rechtes desselben bleibt allerdings eine verschiedene Auffassung möglich. Man kann es indessen nicht als Aufgabe des Gesetzes erachten, die juristische Konstruktion des Rechtes des Nießbrauchers, sei es durch Annahme einer Vertretungsmacht desselben oder durch Fiktion des Gläubigers als Mitempfängers, zu bestimmen. Das Einziehungsrecht des Nießbrauchers schließt die Ausübung der besonderen Befugnisse des Gläubigers (Wahlrecht, Kündigungsrecht) ein. Auch die passive Befugniß, Kündigungen zu erhalten, geht auf den Nießbraucher über. Dagegen wird der Schuldner wegen des Einziehungsrechtes des Nießbrauchers nicht berechtigt sein, mit einer Forderung gegen denselben aufzurechnen.

Einziehungspflicht.

3. In § 1028 Satz 1 wird neben dem Einziehungsrechte auch die Einziehungspflicht des Nießbrauchers bestimmt, weil die analoge Anwendung der Vorschriften über die Konservirungspflicht des Nießbrauchers beim Sachnießbrauche zu der Annahme einer solchen Pflicht nicht wohl führt. Die Fürsorge für die ordnungsmäßige Einziehung bezieht sich selbstverständlich sowohl auf die Prüfung, ob Schritte gegen den Schuldner erforderlich sind, als auf die Art und Weise des Vorgehens gegen den Schuldner.

Leistung des Schuldners.

4. In § 1029 wird der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Schuldner der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung mittels Rechtsgeschäftes zu leisten hat und zwar mittels Rechtsgeschäftes, durch welches dem Gläubiger ein Recht verschafft werden soll. Die sonstigen denkbaren Fälle der Leistung mittels Rechtsgeschäftes, z. B. durch Liberation, haben außer Betracht zu bleiben, da bei denselben Forderungen vorausgesetzt werden, welche als besonderer Gegenstand des Nießbrauches nicht vorkommen. Weiter ist vorauszusetzen, daß das dem Gläubiger zu verschaffende Recht ein solches ist, an welchem der Nießbrauch bestellt werden kann (§ 1022), da sonst auch die Möglichkeit eines Forderungsnießbrauches entfällt. Als Normalfall ist der Fall der Eigenthumsübertragung zu denken.

Dem selbständigen Einziehungsrechte des Nießbrauchers entspricht eine Gestaltung des demselben gegenüber vom Schuldner vorzunehmenden Erfüllungsgeschäftes dahin, daß dem Gläubiger das zu verschaffende Recht, dem Nießbraucher der Nießbrauch an diesem Rechte erworben wird. Durch die Zusprechung des Einziehungsrechtes an den Nießbraucher ist der Schuldner zu einer dem herbeizuführenden Ergebnisse entsprechenden Vornahme des Erfüllungsgeschäftes verpflichtet. Eine Erschwerung liegt für den Schuldner hierin ebensowenig, wie in der im Falle der Zession eintretenden Verpflichtung des Schuldners, an den Zessionar zu leisten. Wird an den Nießbraucher als an den Einziehungsberechtigten geleistet, so ist das Erfüllungsgeschäft in einem dem Zwecke des Einziehungsrechtes entsprechenden Sinne aufzufassen. Dies soll durch den ersten Absatz des § 1029 ausgedrückt werden. Der Nießbrauch an dem Leistungsgegenstande wird durch Rechtsgeschäft begründet, wie die Bestimmung des zweiten Absatzes klar erkennen läßt.

Soweit der rechtsgeschäftliche Wille an eine Form nicht gebunden ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten, und ebensowenig in den Fällen, in denen

die Uebergabe der Sache erforderlich ist. Das dem Nießbraucher gegenüber vorgenommene Erfüllungsgeschäft befreit den Schuldner auch gegenüber dem Gläubiger. Im Traditionsfalle erwirbt der Nießbraucher für sich Inhabung und Nießbrauch, für den Gläubiger Besitz und Eigenthum an der tradirten Sache.

Leistung einzutragender Rechte,

Eine Schwierigkeit entsteht, wenn zur rechtsgeschäftlichen Begründung des Nießbrauches Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Die Schwierigkeit liegt darin, daß das Erfüllungsgeschäft, welches dem Nießbraucher den Nießbrauch und dem Gläubiger das zu leistende Recht deducto usufructu verschaffen soll, nach den Prinzipien des Grundbuchrechtes nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers vorgenommen werden kann. Die Schwierigkeit liegt mithin in den formellen Vorschriften des Grundbuchrechtes; gerade dieser Umstand rechtfertigt es, daß der Gläubiger zur Abgabe der zu der Entstehung des Nießbrauches an dem Leistungsgegenstande benöthigten Erklärungen angehalten wird (§ 1029 Abs. 2). Zu dem Ende wird der Gläubiger auch in seine eigene Eintragung zu willigen haben, da nur diese ihn zur Abgabe von Erklärungen zu Gunsten des Nießbrauchers befähigt. Durch die Beilegung der Vertretungsmacht an den Nießbraucher, zuerst für den Gläubiger die Bewilligung der Eintragung anzunehmen und sodann den Nießbrauch sich selbst zu bestellen, würde sich ein Kontrahiren mit sich selbst ergeben, welches im Verfahren vor dem Grundbuchamte nicht zugelassen werden kann.

verbrauchbarer Sachen,

Besteht der Gegenstand der Leistung in verbrauchbaren Sachen, so ist das dem Nießbraucher durch das Erfüllungsgeschäft zu verschaffende Recht quasi-ususfructus und also Eigenthum. Für eine konkurrirende Eigenthumsverschaffung an den Gläubiger bleibt somit kein Raum (§ 1029 Abs. 3). Gleichgültig ist, ob die verbrauchbaren Sachen als Leistungsgegenstand ursprünglich in obligatione waren, ob nachträglich, wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist, der Anspruch auf Naturalerfüllung in einen Anspruch auf Geldleistung sich umgewandelt hat, oder ob die verbrauchbaren Sachen als Leistungsgegenstand nur in solutione waren bezw. dem Schuldner eine facultas alternativa zustand. Bei der Umwandlung der Forderung auf Leistung unverbrauchbarer Gegenstände in eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also in eine Geldforderung, wird zwar die Lage des Gläubigers, welcher kein dingliches Recht am Leistungsgegenstande erhält, etwas unsicherer; doch liegen ebensowenig wie in dem Falle der Umwandelung einer nicht verbrauchbaren Sache in eine verbrauchbare Sache (vergl. Bemerkungen zu §§ 1018—1020 unter Nr. 8) genügende Gründe für die Bestimmung einer besonderen Kautionspflicht vor.

anderer Gegenstände.

5. Es ist schon hervorgehoben, daß in § 1029 eine mittels Rechtsgeschäftes zu bewirkende Leistung vorausgesetzt wird, durch welche dem Gläubiger ein mit dem Nießbrauche zu belastendes Recht verschafft wird.

Möglich ist, daß natürliche Handlungen zu leisten sind. Von einem Nießbrauche an dem Leistungsobjekte kann nur die Rede sein, wenn die geleisteten Handlungen, insbesondere also Dienste, einen Vermögenswerth haben und das Vermögen des einziehenden Nießbrauchers vermehren. Der Entwurf hat eine besondere Bestimmung über diesen Fall des Nießbrauches nicht auf-

genommen. In vielen, vielleicht in den meisten Fällen werden die Forderungen auf Dienstleistung nicht übertragbar und wird deshalb die Begründung des Nießbrauches an denselben ausgeschlossen sein. Weiter sind solche Fälle außer Betracht zu lassen, in denen die Dienstleistungen zu den Nutzungen gehören oder ein Produkt liefern oder die Verbesserung einer demselben Nießbrauche unterworfenen Sache herbeiführen, da die Beurtheilung dieser Fälle schon aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergiebt. Es bleibt mithin nur eine kleine Zahl von Fällen übrig; doch wird auch in diesen Fällen die Entscheidung unschwer durch Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu finden sein, wie denn auch keine der neueren Gesetzgebungen diese Fälle durch besondere Vorschriften zu regeln unternommen hat. Dienste bezw. Handlungen sind verbrauchbaren Sachen zu vergleichen. Hiernach ist die Rückgewährpflicht zu bestimmen. Doch wird für den Werth nicht unter allen Umständen der Zeitpunkt der Leistung entscheidend sein, sondern auch zu berücksichtigen bleiben, zu welcher Zeit der Nießbraucher die Leistung der Dienste verlangen konnte und vermöge seiner Einziehungspflicht verlangen sollte.

Aufrechnung des Schuldners

6. Möglich ist, daß der einziehende Nießbraucher einen Gegenstand der Leistung, an welchem ihm der Nießbrauch gebührt, nicht erhält, weil der Schuldner ihm eine Quittung über eine eigene, dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehende Forderung in Zahlung giebt, d. h. aufrechnet. Bei dem Nießbrauche am Vermögen macht dieser Fall keine Schwierigkeiten, weil die Schulden aus dem Vermögen vorab zu tilgen sind. Aber auch in den anderen Fällen des Forderungsnießbrauches bedarf es keiner gesetzlichen Bestimmung. Die etwaigen Ansprüche des Nießbrauchers, welche in dem zu Grunde liegenden obligatorischen Kausalgeschäfte sich gründen, werden dem Nießbraucher zu seinem Rechte verhelfen, wenn durch die Bestellung des Nießbrauches an einer der Kompensation unterworfenen und insofern mangelhaften Forderung der dem Besteller des Nießbrauches obliegenden Verbindlichkeit nicht genügt ist. Im Uebrigen wird zu prüfen sein, ob aus den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung Ansprüche des Nießbrauchers sich ableiten lassen.

Ueber den Fall der Konfusion vergl. § 1032.

Surrogirung des Anspruches auf Schadensersatz.

7. Eine Verletzung der obligatorischen Pflichten seitens des Schuldners richtet sich, da es sich um ein verletztes obligatorisches Recht handelt, immer nur gegen den Gläubiger und berührt den Nießbraucher nur mittelbar vermöge der Veränderung des dem Nießbrauche unterliegenden Forderungsrechtes. Man kann nicht annehmen, daß das Gläubigerrecht gleichsam gespalten sei, und man kann deshalb auch nicht dem Nießbraucher eigene Ansprüche auf Schadensersatz zusprechen. Das Einziehungsrecht des Nießbrauchers giebt demselben zwar eine gegenüber dritten Personen wirksame Rechtsstellung, aber nicht ein dem Sachnießbrauche zu vergleichendes absolutes Recht, dessen Beeinträchtigung durch einen Dritten ein dem Nießbraucher gegenüber begangenes Delikt ist. Bei Beschädigung der dienenden Sache durch einen Dritten würde die Surrogation der dem Eigenthümer erwachsenden Schadensersatzforderung an Stelle der untergegangenen Sache mit Ausschluß einer besonderen Schadensersatzliquidation des Nießbrauchers eine positive Besonderheit sein, welche der Entwurf abgelehnt hat (vergl. Bemerkungen zu § 996 Nr. 2).

Daß der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung an Stelle der nicht erfüllbaren Forderung dem Nießbrauche unterliegt, ist dagegen nur eine Konsequenz daraus, daß die Schadensforderung materiell identisch ist mit der unerfüllbar gewordenen Forderung und dem Gläubiger den Leistungsgegenstand nur in einer anderen Gestalt, aber vermöge desselben Schuldgrundes verschafft. Die Aufnahme einer besonderen Bestimmung, welche diese unschwer aus den allgemeinen Grundsätzen abzuleitende Konsequenz klarstellt, erscheint nicht erforderlich.

Nießbrauch an einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen.

§ 1030.

Steigerung der Rechte des Nießbrauchers.

Die gemeinrechtliche Doktrin ist geneigt, die Rechte des Nießbrauchers an der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung, von welcher die Rechte am Leistungsgegenstande (§ 1029) wohl zu unterscheiden sind, zu steigern, wenn der Gegenstand der Forderung in verbrauchbaren Sachen besteht. Für eine solche Steigerung spricht der Umstand, daß eine Entwickelung des Einziehungsrechtes des Nießbrauchers zur wirklichen Gläubigerschaft im Interesse des Nießbrauchers liegt, weil derselbe alsdann die Forderung im Wege der Veräußerung realisiren kann, und daß eine solche freiere Stellung des Nießbrauchers das Interesse des Gläubigers nicht beeinträchtigt, da dieser an dem Leistungsgegenstande nicht, wie bei Forderungen auf Leistung nicht verbrauchbarer Sachen, ein dingliches Recht behält, vielmehr auf persönliche Ansprüche gegen den Nießbraucher beschränkt ist.

Die Steigerung des Einziehungsrechtes zur vollen Gläubigerschaft darf man nicht vor der Fälligkeit der Forderung eintreten lassen, weil sonst möglicher Weise dem Nießbraucher Vortheile zufielen, welche ihm nicht gebühren, z. B. wenn er vor der Fälligkeit stirbt. Das Recht des Nießbrauchers, durch Kündigung die Fälligkeit herbeizuführen, bleibt unberührt. Man darf ferner die Steigerung nicht von Rechtswegen mit der Fälligkeit eintreten lassen und einen Legalübergang annehmen, weil einerseits es nicht wohl angeht, das Recht des Gläubigers ohne dessen Mitwirkung zu mindern, andererseits es von dem Nießbraucher abhängen muß, ob er die mit dem Uebergange der Forderung verbundene Gefahr auf sich nehmen wolle. Der Entwurf giebt

Anspruch auf Abtretung.

deshalb dem Nießbraucher einen Anspruch auf Abtretung, welcher indessen, da der Nießbraucher bereits in einem dinglichen Rechtsverhältnisse zu der Forderung steht, nicht lediglich obligatorischer Natur ist. Mit dem Uebergange der Forderung auf den Nießbraucher muß auch die Gefahr des Eingehens dieser Forderung übergehen und der Nießbraucher in demselben Maße rückgewährpflichtig werden, als wenn er die verbrauchbaren Sachen geleistet erhalten hätte. Die besondere Bestimmung einer Kautionspflicht wird durch die Steigerung der Rechte des Nießbrauchers nicht gerechtfertigt, da die voell Verfügungsbefugniß des Nießbrauchers nur etwas verfrüht wird.

Nießbrauch an einer gegen den Nießbraucher bestehenden Forderung.

§ 1031.

Leistung an sich selbst.

Das sächs. G. B.[1]) bestimmt im Anschlusse an das gemeine Recht, daß, wenn der Nießbraucher selbst Schuldner der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung ist, vor Erlöschen des Nießbrauches die Forderung weder gekündigt noch eingeklagt werden kann.

Das den Vorschriften des Entwurfes über den Forderungsnießbrauch zu Grunde liegende Prinzip führt zu einem etwas abweichenden Resultate. Dem zufälligen Umstande, daß der Nießbraucher selbst Schuldner ist, darf irgend ein materieller Einfluß auf die Rechte des einen oder des anderen Theiles nicht beigemessen werden. Es kann sich also nur um die Aufnahme einer erläuternden Vorschrift handeln, welche die Gestaltung des Rechtsverhältnisses im Falle der Schuldnerschaft des Nießbrauchers klarstellt.

Geht die Schuld auf Leistung nicht verbrauchbarer Sachen oder sonstiger Gegenstände, so bleibt erstens die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Einziehung, d. h. zur Leistung an sich selbst (vergl. § 805 Abs. 2, Tradition an sich selbst), bestehen, vorbehaltlich der Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung im Falle des § 1029 Abs. 2. Zweitens nimmt das dem Gläubiger im Falle des Forderungsnießbrauches nicht abgesprochene Recht, vom Schuldner zu verlangen, daß derselbe an den Nießbraucher leiste, die Gestalt an, daß der Gläubiger von dem Schuldner die Vornahme eines solchen Erfüllungsgeschäftes zu fordern berechtigt ist, welches dem Gläubiger das demselben gebührende Recht deducto usufructu verschafft; gerade diese Befugniß des Gläubigers darf nicht im Dunkelen gelassen werden.

Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen.

Sie behält ihre Bedeutung, auch wenn verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauches sind. Die Leistung an sich selbst nimmt zwar die eigenthümliche Gestaltung an, daß der Schuldner und Eigenthümer sich selbst Eigenthum verschaffen soll, und hieran kann allerdings dem Gläubiger nicht gelegen sein. Wohl aber hat die Bewirkung der Leistung den Effekt, daß die ursprüngliche Verbindlichkeit in die legale Rückgewährverbindlichkeit umgewandelt wird; diese Umwandelung kann wegen der zwischen beiden Obligationen bestehenden Unterschiede in Ansehung der Kautionspflicht, der Verjährung ꝛc. von Interesse sein. Man darf deshalb nicht als einzige rechtliche Folge des Nießbrauches an einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen, bei welcher der Nießbraucher Schuldner der Forderung ist, die Gewährung einer Frist annehmen, vielmehr hat das Recht des Gläubigers, die Bewirkung der Leistung zu fordern, auch hier Anwendung zu finden. Die Leistung soll den Anspruch des Gläubigers auf Eigenthumsübertragung und den Anspruch des Schuldners auf Ueberlassung des Eigenthumes an den verbrauchbaren Sachen erfüllen, läßt also den dinglichen Rechtsbestand, ähnlich wie die Kompensation, auf beiden Seiten unberührt und wird mithin auch, die Fälligkeit der dem Nießbrauche unterliegenden

[1]) § 626; vergl. bayr. Entw. III Art. 261, hess. Entw. IV, 2 Art. 24.

Forderung vorausgesetzt, durch einfache Erklärung von der einen oder von der anderen Seite wirksam vorgenommen werden können. Durch Abgabe solcher Erklärungen gegenüber dem anderen Theile kann ein jeder Theil sich die mit der Umwandelung der Obligation für ihn verbundenen Vortheile verschaffen. Für den Nießbraucher kann ein solcher Vortheil insbesondere in der Liberirung der für die ursprüngliche Obligation bestehenden Sicherheiten liegen.

§ 1032.

Vereinigung.

Man kann vielleicht schon aus der dinglichen Natur des Nießbrauches an Forderungen die Konsequenz ableiten, daß die eintretende Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit zwar nicht überhaupt wirkungslos ist, aber doch dem Rechte des Nießbrauchers keinen Abbruch thun kann. Da indessen eine zu Gunsten des Nießbrauchers anzunehmende in gewisser Weise relative Fortdauer des aufgehobenen Rechtes, welche der Entwurf bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung des dem Nießbrauche unterliegenden Rechtes ablehnt, leicht bezweifelt und der Untergang des Nießbrauches mit dem Untergange seines Gegenstandes angenommen werden könnte, so empfiehlt sich die Aufnahme einer jeden Zweifel beseitigenden Vorschrift.

Der Fall der Konfusion des § 1032 ist wohl zu unterscheiden von dem Falle der Konfusion, wenn Nießbrauch und Eigenthum oder der Nießbrauch und das demselben unterliegende Recht in derselben Person sich vereinigen; die Vorschriften der §§ 835, 1016 Abs. 1 werden für einen solchen Konfusionsfall auch bei dem Nießbrauche an Rechten zur entsprechenden Anwendung gelangen.

Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung.

§§ 1033, 1034.

Vorausgesetzte Eigenschaft der Forderung

1. In den §§ 1033, 1034 werden die regelmäßigen Rechte des Forderungsnießbrauchers beschränkt, wenn eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauches ist. Die bloße Bezeichnung der Forderungen als Kapitalien[1]) oder Kapitalforderungen kennzeichnet dieselben nicht mit hinreichender Deutlichkeit. Man hat das Merkmal so zu wählen, daß dasselbe auf Forderungen hinweist, welche ein dauerndes fruchttragendes Vermögensstück bilden und nicht etwa blos ein Mittel zur Erlangung der weiter nutzbar zu machenden Leistung abgeben sollen. Das Merkmal wird am häufigsten zutreffen bei denjenigen Forderungen, durch welche rechtsgeschäftlich die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung vereinbart ist; thatsächlich werden nur Geldforderungen in Betracht kommen, wenn auch nach § 217 der Begriff der Zinsen nicht auf Geldzinsen beschränkt ist. Möglich bleibt nach dem gewählten Ausdrucke, daß die Forderung nicht lediglich auf Geld geht, sondern auch in anderen vertretbaren Sachen, z. B. in Werthpapieren, rückzahlbar ist. Ein Ausstehen auf Zinsen wird man aber auch in den Fällen einer auf Gesetz beruhenden Ver-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 101.

bindlichkeit annehmen können, z. B. bei rückständigen Kaufgeldern (§ 467) oder bei kraft Gesetzes verzinslichen Ablösungskapitalien; dagegen wird man nicht die Forderung, in Ansehung deren der Schuldner im Verzuge ist, als eine auf Zinsen ausstehende bezeichnen können.

Das Erforderniß der Kündbarkeit ist nicht aufzustellen, da auch Forderungen, welche unkündbar oder an einem festen, erst nach geraumer Zeit eintretenden Zahlungstermine zu erfüllen sind, wenn Verzinslichkeit ausbedungen, im Gesetze zur Erlangung einer einfachen und festen, für die bei weitem meisten Fälle passenden Regel derselben Behandlung unterliegen müssen, wie Forderungen, bei denen die Zeit der Erfüllung von einer vorausgehenden Kündigung abhängig ist.

Wenn auch die Bestimmungen der modernen Gesetzgebungen über den Nießbrauch an den auf Zinsen ausstehenden Forderungen spärlich sind, so tritt doch der Unterschied zwischen den Forderungen, welche nur ein Mittel zur Erlangung eines Nutzungsgegenstandes bilden, und den Forderungen, welche ein dauerndes fruchttragendes Vermögensstück zu bilden bestimmt sind, klar hervor[1]).

Dispositive Natur der Vorschriften.

Da die §§ 1033, 1034 nur dispositives Recht enthalten, so bleibt es möglich, daß der Nießbraucher nach Vereinbarung der Parteien an der Forderung weitere Rechte, insbesondere quasiusufruktuarische Rechte erhält, oder daß der Nießbraucher an der Hauptforderung überall keine Rechte erhalten und nur zum Zinsgenusse berechtigt sein soll[2]). Derartige Vereinbarungen sind nicht zu vermuthen und es bedarf, da sie die Ausnahme bilden, auch nicht der Aufnahme interpretativer oder dispositiver Vorschriften zu ihrer Ausgestaltung.

Anfall der Zinsen.

Daß die Zinsansprüche zu den pro rata temporis anfallenden Früchten der Forderung gehören, ergiebt sich mit genügender Deutlichkeit aus § 792 Nr. 3, § 794 Abs. 1 Nr. 2.

Amortisationsquoten.

Möglich ist, daß die periodischen Leistungen, zu denen der Schuldner verpflichtet ist, neben den Zinsen auch Amortisationsquoten enthalten. Solchenfalls tritt nur die Frage hinzu, ob die gesammten Leistungen dem Nießbraucher gebühren; diese Frage ist unter Berücksichtigung des § 1027 im einzelnen Falle zu entscheiden. Ferner ist möglich, daß das Kapital mit einem Agio rückzahlbar ist. Wenn dieses Agio auch der Entgelt für eine niedrigere Normirung des Zinssatzes ist, so liegt hierin doch kein Grund, dasselbe dem Nießbraucher zuzusprechen.

Rückzahlung über pari.

Besonderheiten.

2. Die Modifikationen der allgemeinen Vorschriften über den Forderungsnießbrauch, welche der Entwurf bestimmt, gehen dahin, daß dem Nießbraucher das Einziehungsrecht in Gemeinschaft mit dem Gläubiger beigelegt wird und daß die Umwandlung des dem Nießbrauche unterliegenden Vermögensgegenstandes in verbrauchbare Sachen, nämlich in das gezahlte Geld, nicht zur Anwendung der Vorschriften über den quasi-ususfructus führen, sondern eine Rückwandlung in eine verzinsliche Forderung stattfinden soll.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 §§ 101—110; österr. G. B. § 510; zür. G. B. § 731.
[2]) Sächs. G. B. § 627.

bezüglich a) des Einziehungsrechtes,

a) Das regelmäßige Einziehungsrecht des Nießbrauchers hat eine aktive Seite und eine passive Seite. Der Nießbraucher kann kündigen und Leistung verlangen, und andererseits kann ihm gekündigt und an ihn geleistet werden. Der Gläubiger kann von dem Nießbraucher nur fordern, daß derselbe pflichtmäßig verfahre (§ 1004), und von dem Schuldner verlangen, daß dieser an jenen leiste. Der Entwurf vergemeinschaftlicht die aktive und die passive Seite des Einziehungsrechtes des Nießbrauchers und zwar mit dinglicher Wirkung, so daß die Vergemeinsamung gegenüber allen dritten Personen, also insbesondere gegenüber dem Schuldner wirkt.

Die Vergemeinsamung des aktiven Kündigungsrechtes führt dazu, daß nur von beiden Theilen gemeinschaftlich gekündigt werden kann, ein Modus, welcher praktisch von der Kündigung des einen Theiles mit Einwilligung des anderen Theiles kaum abweicht, da die Einwilligung in die Kündigung, wenn sie gegenüber dem Schuldner erklärt wird, von einer Theilnahme an der Kündigung nicht wohl zu unterscheiden ist. Neben der Kündigung können noch andere einseitige Erklärungen vorkommen, durch deren Abgabe das Schuldverhältniß geändert wird; doch wird es genügen, wenn in § 1033 Abs. 1 nur der Kündigung als einer solchen Verfügung gedacht wird, welche wirksam nur von dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Insbesondere könnte noch das Recht der Mahnung in Betracht kommen; dasselbe wird jedoch kaum praktisch werden, da regelmäßig eine Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender vorliegen wird. In dem Falle der mehrfachen Gläubigerschaft bei Untheilbarkeit der Leistung (§ 339) ist der Entwurf davon ausgegangen, daß dem einzelnen Gläubiger das Recht der wirksamen Mahnung nicht versagt werden kann, weil es einen nothwendigen Theil des Einforderungsrechtes bildet, daß aber in der Mahnung mit den Folgen des Verzuges auch für die übrigen Gläubiger eine Art von Verfügung über die Obligation gefunden werden muß, welche dem einzelnen Gläubiger ebensowenig zugestanden werden kann, wie das Recht der Kündigung. Ob diese Grundsätze zur analogen Anwendung auch im vorliegenden Falle zu gelangen haben, kann der weiteren Entscheidung in Doktrin und Praxis überlassen bleiben. In Ansehung der Verfügungen über die Forderung, welche nicht zum Zwecke der Einziehung erforderlich und deshalb nicht mit der Kündigung gleich zu behandeln sind, beläßt es der Entwurf bei der Regel des § 1024, daß der Gläubiger zwar der Verfügungsberechtigte, aber, wenn seine Verfügung zum Nachtheile des Nießbrauchers gereichen würde, in seinem Verfügungsrechte beschränkt ist.

Die Vergemeinsamung der passiven Seite des Einziehungsrechtes führt dahin, daß der Schuldner nur an den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich leisten kann und daß die Kündigung sowohl dem einen, als auch dem anderen Theile gegenüber erklärt sein muß (§ 1033 Abs. 2 und 4). Da von dem Schuldner nur eine solche Art der Leistung verlangt werden kann, welche denselben befreit, so ergiebt sich die selbstverständliche Konsequenz, daß der Forderungsnießbraucher nicht, wie im Regelfalle (§ 1028), verlangen kann, daß der Schuldner an ihn allein leiste. Die Leistung des Schuldners an beide konkurrirende Einziehungsberechtigte ist einer untheilbaren Leistung zu ver-

gleichen (§ 339). Im Falle der untheilbaren Leistung giebt der Entwurf einem jeden Gläubiger das Recht, die Leistung an Alle zu fordern. Das gleiche Recht wird auch im vorliegenden Falle in § 1033 Abs. 4 dem Nießbraucher und dem Gläubiger gegeben, da die gleichen Gründe dafür sprechen, einem jeden Theile die Möglichkeit eines selbständigen Vorgehens gegen den Schuldner zu gewähren.

b) der Rechte am Gegenstande der Leistung.

b) Der Regel nach (§ 1029 Abs. 3) könnte der Nießbraucher eine solche Gestaltung des Erfüllungsgeschäftes verlangen, welche, da es sich um die Leistung verbrauchbarer Sachen handelt, ihm das Eigenthum dieser Sachen verschafft. Ein solches Recht will der Entwurf dem Nießbraucher versagen; es ist jedoch nicht für erforderlich gehalten, dies ausdrücklich auszusprechen, da es aus dem Inhalte des § 1034 zweifellos sich ergiebt. Bei der Leistung des Schuldners an die Hinterlegungsstelle wird der Regel nach das Geld Eigenthum der Hinterlegungsstelle und gegen diese eine Forderung begründet, welche von selbst an die Stelle der getilgten Forderung tritt, da für den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich zu hinterlegen ist. Wird an beide Theile geleistet, so daß dieselben in die Mitinhabung des Geldes gelangen, so wird auf der einen Seite Eigenthum, auf der anderen Seite Nießbrauch (nur kein quasi-usufructus) erworben. Der im Falle der Hinterlegung oder der Mitinhabung des empfangenen Geldes eintretende Zustand, welcher dem Nießbraucher geringe oder keine Nutzungen gewährt, kann nur als ein Zwischenzustand angesehen werden, bei welchem ein wirklicher Nießbrauch in Ermangelung von Nutzungen ausgeschlossen ist und nur eine Art von Kommunion zum Zwecke der Wiederanlegung stattfindet, welche beide Theile in Ansehung des schließlichen Resultates sicherstellt. Die gemeinschaftliche Angelegenheit ist eine Wiederanlegung des Geleisteten in einer Weise, welche dem Zwecke des Nießbrauches an dem beharrenden, aber in verschiedener Gestalt erscheinenden, dem Nießbrauche unterliegenden Vermögenswerthe entspricht, ohne den früheren Gläubiger in eine weniger gesicherte Lage zu bringen. Auch dieser hat ein zu schützendes Interesse an der Wiederanlegung, da es für ihn vortheilhafter ist, bei Beendigung des Nießbrauches nicht erst für eine fruchtbringende Anlegung des ihm zukommenden Vermögenswerthes Sorge tragen zu müssen. Die weiteren Maßnahmen in Ansehung des eingezogenen Kapitales, welche in § 1034 bestimmt worden, sind nachstehend unter c) γ. erörtert.

c) der gegenseitigen Verpflichtungen.

c) Das zwischen dem Nießbraucher und dem Gläubiger entstehende gemeinschaftsartige Verhältniß bedarf der Regelung. Eine eigentliche Kommunion wird nicht anzunehmen sein, da nicht ein Gegenstand mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht (§ 763), sondern mehr formelle Befugnisse vergemeinsamt sind. Doch ist auch hier das dem § 772 zu Grunde liegende Prinzip zur Geltung zu bringen, daß der Einzelne sich dem fügen muß, was das Interesse Aller erfordert.

Ein gemeinschaftliches Verfahren ist in mehrfacher Richtung durch das Interesse beider Theile geboten.

α. Zunächst kommt die gegenseitige Pflicht der Mitwirkung bei der Kündigung in Betracht (§ 1033 Abs. 3). Da zu unterstellen ist, daß bei Be-

gründung des Nießbrauches die Forderung als ein dauernder fruchttragender Vermögensgegenstand angesehen ist, so muß, streng genommen, das Verlangen einer Veränderung durch die Darlegung inzwischen neu eingetretener Thatsachen motivirt werden. Es ist indessen bedenklich, diesen Nachweis für erforderlich zu erklären, da eine solche Bestimmung viele Streitigkeiten hervorzurufen droht; vielmehr muß der Nachweis genügen, daß zur Zeit nicht diejenige Sicherheit vorhanden ist, ohne welche ein sorgfältiger Hausvater nicht weiter kreditirt. Nicht gerechtfertigt würde es aber sein, noch weiter von dem angedeuteten Prinzipe sich zu entfernen und in jedem Falle den Anspruch auf Mitwirkung zur Kündigung zu geben, wenn eine bestimmte im Gesetze qualifizirte Sicherheit nicht vorhanden ist, obwohl dies meist beiden Theilen von Anbeginn bekannt gewesen oder hätte bekannt sein müssen. Ebenso ist außer in dem Mangel an Sicherheit nicht auch in anderen Umständen, z. B. in persönlicher Nachlässigkeit des Schuldners oder Niedrigkeit des Zinsfußes, ein genügender Grund zu finden, um die Mitwirkung des anderen Theiles in Anspruch zu nehmen; wenn die Forderung sicher ist, erhält schließlich ein Jeder das ihm Gebührende.

β. Wenn auch jeder Theil die Bewirkung der Leistung an beide Theile verlangen kann, so bleibt doch immer die Schwierigkeit, daß dieser Anspruch nicht durchzuführen ist, wenn der andere Theil nicht zur Mitwirkung bei dem Erfüllungsgeschäfte veranlaßt werden kann. Bei den Schuldverhältnissen mit untheilbarer Leistung (§ 339) ist im Entwurfe davon ausgegangen, daß diese Schwierigkeit durch Anwendung der Vorschriften über Kommunion sich beseitigen lasse. Im vorliegenden Falle kann man auf diese Abhülfe nicht in gleichem Maße vertrauen. Der Entwurf stellt deshalb beiden Theilen, dem Nießbraucher und dem Gläubiger, einen doppelten Ausweg zur Wahl.

Erstens kann ein jeder Theil von dem anderen dessen Mitwirkung bei dem Erfüllungsgeschäfte, der Uebertragung des Eigenthumes an dem gezahlten Gelde, verlangen, sobald die Forderung fällig und mithin der Gläubiger zu fordern, der Schuldner zu leisten berechtigt ist (§ 1033 Abs. 3).

Zweitens wird bestimmt, daß jeder Theil selbständig von dem Schuldner verlangen kann, daß dieser den Gegenstand der Leistung für beide Theile öffentlich hinterlege (§ 1033 Abs. 5). Durch diese Bestimmung wird einerseits die öffentliche Hinterlegungsstelle (des Leistungsortes, § 273) als ein von beiden Theilen bestellter Empfänger behandelt und andererseits, in Konsequenz dieser Bestimmung, dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, die Leistung in der verlangten besonderen Weise zu bewirken.

γ. Zur Lösung des kommunionsartigen Verhältnisses, welches in Ansehung des eingezogenen Kapitales stattfindet, mag solches nun bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle deponirt sein oder in der Mitinhabung beider Theile sich befinden, ist es erforderlich, daß das Gesetz auf eine objektiv bezeichnete Normalanlegungsart hinweist und bestimmt, daß jeder Theil gegenüber dem anderen verpflichtet ist, zu einer derartigen Anlegung mitzuwirken. In § 1034 ist deshalb vorgeschrieben, daß jeder Theil auf Wiederanlegung nach den Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeldern (§ 1664) dringen kann. Da

diese Vorschriften im konkreten Falle verschiedene Arten der Anlegung zulassen, so ist eine weitere Bestimmung darüber nöthig, wie bei bestehender Meinungsverschiedenheit zu verfahren ist. Dem Gläubiger geschieht Genüge, wenn überhaupt nach Mündelrecht angelegt wird; die Art der Anlegung interessirt, insbesondere wegen der Höhe der Zinsen, zunächst den Nießbraucher. Dem entspricht es, daß dem Nießbraucher die Auswahl gegeben wird. Mit der Wiederanlegung erlangt der frühere Gläubiger an der neuen Forderung die Gläubigerschaft, der Nießbraucher aber den Nießbrauch. Die Anlegung in Inhaberpapieren ist nicht auszuschließen, da nach §§ 1036, 1037 eine vollkommene Sicherung beider Theile durch die vorgeschriebene gemeinsame Inhabung bezw. durch die vorgeschriebene Art der Deposition stattfindet.

Wegfall der Diligenzpflicht des Nießbrauchers.

3. Durch die Vergemeinsamung der Verfügungsbefugniß in Ansehung der auf Zinsen ausstehenden Forderungen wird der innere Grund für die Anwendung der Vorschriften über die Konservirungspflicht des Sachnießbrauchers und der Vorschrift über die Pflicht des Forderungsnießbrauchers, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen, im Wesentlichen beseitigt, da dem Nießbraucher nicht eine ausschließliche Verfügungsmacht anvertraut bleibt, sondern ein gemeinschaftsartiges Verhältniß eintritt, bei welchem jeder Theil seine Interessen selbst wahrzunehmen in der Lage ist. In dem analogen Falle der Kommunion liegt dem einzelnen Theilhaber, abgesehen von den Fällen eines Auftrages oder eines Gesellschaftsverhältnisses, gegenüber den übrigen Theilhabern die Aufwendung von Sorgfalt behufs Abwendung von Verlusten an dem gemeinschaftlichen Gegenstande nicht ob. Der Entwurf hat die Aufnahme einer Vorschrift über den Wegfall der Diligenzpflicht des Nießbrauchers nicht für erforderlich erachtet, da es sich um eine Konsequenz handelt, welche aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden kann.

Nießbrauch an einer Grundschuld oder an einer Eigenthümer-Hypothek.

§ 1035.

Zwischen Grundschulden und Eigenthümerhypotheken einerseits und Forderungen andererseits besteht der Unterschied, daß bei ersteren dem Berechtigten nicht ein Schuldner gegenübersteht, welcher persönlich zur Leistung verpflichtet ist, sondern daß der Berechtigte durch Ausübung seines dinglichen Rechtes die ihm gebührende Leistung aus dem Grundstücke sich verschafft und nur durch die Bewirkung der Leistung seitens derjenigen Personen, deren Rechte durch die Zwangsvollstreckung leiden würden, von der Ausübung seines Rechtes abgehalten werden kann. Der Unterschied liegt also lediglich in dem Realisirungsmodus, und dieser Unterschied ist nicht der Art, daß er der analogen Anwendung der Vorschriften über den Forderungsnießbrauch entgegenstände. Regelmäßig wird Verzinslichkeit stattfinden und werden deshalb die Vorschriften der §§ 1033, 1034 zur Anwendung gelangen. Möglicher Weise kann aber auch die Verzinslichkeit fehlen; alsdann werden die allgemeinen Vorschriften über

den Forderungsnießbrauch anzuwenden sein. Wenn auch die analoge Anwendung der Vorschriften über den Forderungsnießbrauch ziemlich nahe liegt, so scheint es doch wegen der großen praktischen Bedeutung dieser Analogie geboten, im Gesetze auf dieselbe ausdrücklich zu verweisen.

Nießbrauch an Inhaberpapieren.

§§ 1036, 1037.

Schuldverschreibungen und Aktien auf Inhaber.

1. Die Voraussetzung für die in §§ 1036, 1037 bestimmten Besonderheiten besteht in der Verkörperung des dem Nießbrauche unterliegenden Forderungsrechtes in einem Inhaberpapiere. Der Entwurf kennt nur Schuldverschreibungen auf Inhaber (§§ 685—703). Außerhalb des Entwurfes kommen Inhaberpapiere vor, welche über Gesellschaftsantheile ausgestellt sind, insbesondere Aktien auf Inhaber (H. G. B. § 207 Abs. 4). Wenngleich die Gesellschaftsantheile, welche in Aktien auf Inhaber sich verkörpern, nicht als reine Forderungsrechte bezeichnet werden können, so sind doch die in §§ 1036, 1037 enthaltenen Bestimmungen gleichmäßig für Schuldverschreibungen auf Inhaber und Aktien auf Inhaber gegeben. Bei den Aktien auf Inhaber tritt eine dingliche Rechtsposition des einzelnen Aktionärs in dem statutenmäßigen Rechte der Mitwirkung bei Fassung von Gesellschaftsbeschlüssen hervor. Die Konsequenzen, welche aus dieser Rechtsposition sich ergeben, insbesondere die Entscheidung der Frage, inwieweit das Stimmrecht durch den Nießbraucher oder den Eigenthümer auszuüben sei, läßt der Entwurf dahingestellt, weil sich bei der wesentlich von den Gesellschaftsstatuten abhängenden verschiedenartigen Gestaltung der Fälle allgemeine Vorschriften nicht aufstellen lassen. Wenn im Entwurfe auch nur die Aktien auf Inhaber erwähnt werden, so wird doch die analoge Anwendung der Vorschriften des Entwurfes auf ähnliche Papiere nicht ausgeschlossen sein.

Legitimationspapiere.

Für die bloßen Legitimationspapiere ist die Bestimmung von Besonderheiten nicht erforderlich; der Nießbrauch an den Forderungen, in Ansehung deren Legitimationspapiere ausgestellt sind, wird vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungsrechten zu beurtheilen bleiben.

Werthpapiere.

Der Ausdruck „Werthpapiere“[1]) ist an dieser Stelle vermieden, weil man demselben nicht wohl eine andere Bedeutung beilegen kann, als daß denjenigen Papieren, welche zum Beweise dienen, diejenigen Papiere entgegengesetzt werden, an deren Ausstellung selbständige rechtliche Wirkungen sich knüpfen.

Inhaberpapiere als verbrauchbare Sachen.

Möglich ist, daß Schuldverschreibungen auf Inhaber nach ihrer objektiven Beschaffenheit (§ 780 Abs. 1), z. B. Banknoten, oder denkbarer Weise auch vermöge ihrer Zugehörigkeit zu einem Vermögensinbegriffe, welcher zur Benutzung durch Veräußerung der in demselben enthaltenen Gegenstände bestimmt ist (§ 780 Abs. 2), zu den verbrauchbaren Sachen gehören. Auf diese Möglichkeit wird im ersten Absatze des § 1036 hingewiesen, weil in dem unterstellten

[1]) Sächs. G. B. § 628; bayr. Entw. III Art. 260.

Falle lediglich die Vorschriften über den Sachnießbrauch und zwar über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen Anwendung zu finden haben.

Forderungsnießbrauch

2. Der Nießbrauch an Inhaberpapieren bleibt trotz der Verkörperung des Rechtes in dem Papiere ein Nießbrauch an einem Rechte und zwar an einem Forderungsrechte. Wollte man auf diesen Nießbrauch die Vorschriften über Nießbrauch an Sachen anwenden, so würde man Vorschriften anwendbar machen, welche wegen der thatsächlichen Verfügungsmacht des Inhabers der Verschreibung über das Recht nicht passen, z. B. die Vorschrift über das Recht des Nießbrauchers auf die Inhabung, und andererseits Vorschriften von der Anwendung ausschließen, deren Heranziehung nicht zu entbehren ist.

Nach den Vorschriften über den Forderungsnießbrauch würden sich Unterschiede an die Verzinslichkeit oder Nichtverzinslichkeit der Inhaberpapiere knüpfen, und zwar würden die in §§ 1033, 1034 bestimmten Beschränkungen der regelmäßigen Verfügungsbefugniß des Nießbrauchers nur bei den verzinslichen Inhaberpapieren Geltung haben. Der Entwurf läßt diese Beschränkungen bei allen Inhaberpapieren eintreten, weil die besondere Natur dieser Papiere eine Sicherung des Eigenthümers der Urkunde erfordert (§ 1036 Abs. 4).

Besonderheiten.

3. Wenn man auch im Allgemeinen den Nießbrauch an Inhaberpapieren dem Nießbrauche an Forderungen, welche auf Zinsen ausstehen, gleichbehandelt, so sind doch zur Durchführung des Prinzipes der Vergemeinsamung der Verfügungsmacht wegen der thatsächlichen Verfügungsmacht des Inhabers Bestimmungen erforderlich, die im Anschlusse an die besonderen Rechtsverhältnisse, welche bei den Inhaberpapieren obwalten, die Art und Weise der Durchführung der Vergemeinsamung der Verfügung betreffen. Da hier die Inhabung, ganz abgesehen von dem Rechte auf sie, den Inhaber als Gläubiger erscheinen läßt, so muß behufs der Vergemeinsamung der Verfügungsmacht die Inhabung vergemeinsamt werden. Dabei erhebt sich indessen eine praktische Schwierigkeit. Art der Mitinhabung.
Eine jeden Theil sichernde Mitinhabungsart ist bei beweglichen Sachen schwer einzurichten. Man muß nach einem dritten Treuhänder suchen, welchem unter einer den beiderseitigen Rechten entsprechenden lex depositionis die Papiere übergeben werden. Ob die Reichsbank zur Uebernahme einer solchen Funktion bereit sein wird, steht nicht fest. Dagegen stehen die öffentlichen Hinterlegungs- Hinterlegung
stellen zu Gebote und es wird die Deposition bei diesen dem Zwecke genügen. In dem Zwange zur Einwilligung in eine solche Art der Deposition ist eine Härte nicht zu finden; auch ist vorauszusetzen, daß der Vorschlag zu einer gleich sicheren und vielleicht bequemeren und weniger kostspieligen Deposition nicht leicht auf Widerstand des anderen Theiles stoßen werde (§ 1036 Abs. 1, 2).

Verkaufsrecht.

4. Ein Recht der Realisirung des Inhaberpapieres mittels Verkaufes räumt der Entwurf dem Nießbraucher nicht ein[1]). Das bei vielen kurshabenden Inhaberpapieren stattfindende Schwanken des Kurses rechtfertigt nicht besondere Bestimmungen, welche zur Sicherung des einen und des anderen Theiles die beiderseitigen Rechte erweitern und einem jeden Theile die Befugniß beilegen, die Realisirung des Papieres und die anderweite sichere Belegung des Erlöses zu verlangen. Es läßt sich nicht von vornherein behaupten, daß bei

[1]) Ebenso sächs. G. B. § 628.

einem Papiere solcher Art in einem gewissen Zeitpunkte die Realisirung wirthschaftlich geboten sei, da der Kursstand stets den augenblicklich im Verkehre den Effekten beigelegten Werth ausdrückt und ein künftiges Sinken oder Steigen des Kurses ungewiß bleibt. Der Verkauf kann deshalb auch nicht als eine Konservirungsmaßregel behandelt werden, in welche, ähnlich wie im Falle der Gemeinschaft (§ 772), ein jeder Theil einzuwilligen verpflichtet wäre.

Zinsforderungen.

5. In Ansehung der Zinsforderungen und Zinskupons ergiebt sich aus § 794 Abs. 1 Nr. 2, daß diese Forderungen pro rata temporis auf den Nießbraucher übergehen und folglich der mitdeponirte laufende Zinskupon unter Durchgang durch ein Miteigenthumsverhältniß mit der Fälligkeit in das Eigenthum des Nießbrauchers gelangt. An noch nicht fälligen Zinskupons darf der Nießbraucher ebensowenig die Inhabung haben, wie an dem Hauptpapiere.

Gegenseitige Verpflichtung zur Mitwirkung.

6. Im dritten Absatze des § 1036 ist das Prinzip der Vergemeinsamung der Verfügung auf gewisse Operationen angewendet, welche in Ansehung der deponirten Papiere nothwendig werden können.

Begründung des Nießbrauches

7. In Ansehung der Begründung und Veräußerung des Nießbrauches an einem Inhaberpapiere findet § 1023 Anwendung. Bezüglich der Uebertragung des Forderungsrechtes aus dem Inhaberpapiere ist eine ausdrückliche Bestimmung nicht gegeben und dahingestellt gelassen, ob man von einer solchen Uebertragung überhaupt reden kann, da nach § 685 der Aussteller dem jeweiligen Inhaber gegenüber verpflichtet ist. Das zu Uebertragende bleibt das Recht auf die Inhabung am Papiere, und auf diese Uebertragung finden die Vorschriften über die Uebertragung von Rechten an beweglichen Sachen Anwendung, wie sich aus § 879 ergiebt. Zur Begründung des Nießbrauches an Inhaberpapieren würde hiernach die Uebergabe der Papiere in die Inhabung des Erwerbers erforderlich erscheinen. Durch die Uebergabe in die ausschließliche Inhabung des Nießbrauchers würde derselbe indessen in eine Stellung gelangen, auf welche ihm ein Recht nicht zusteht. Das Erforderniß der Uebergabe ist deshalb in § 1037 dem Inhalte des durch die Uebergabe zu begründenden Rechtes angepaßt (vergl. § 1147 Abs. 3).

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1038.

Rechtliche Natur.

1. Die Begründung des Nießbrauches an dem Vermögen einer Person als einem selbständigen Gegenstande des Nießbrauches würde eine Art von Universalsukzession enthalten, bei welcher das universum jus einer Person auf eine andere Person zwar nicht gänzlich übergeht, aber doch in einer besondereu Weise belastet wird. Es würde zu den größten Schwierigkeiten führen, wenn man die universitas als einen Vermögensgegenstand behandeln wollte, welcher mit einem Nießbrauche belastet werden kann; auch fehlt es an einem jeden Bedürfnisse zu einer solchen dem geltenden Rechte fremden[1]) Behandlung.

[1]) In der preußischen Doktrin wird trotz der Ausdrucksweise im A. L. R. I, 21 §§ 42, 71, wo ein ganzes Vermögen, eine ganze Verlassenschaft als Gegenstand des Nießbrauches bezeichnet wird, der Nießbraucher nicht als Gesammtnachfolger, sondern

Daß aber der Privatautonomie eine derartige Verfügung über das ganze Vermögen nicht freigegeben ist, ergiebt sich von selbst, wenn das Gesetz schweigt. Eine ausdrückliche Verneinung könnte nur zu Mißverständnissen Anlaß geben, wie denn eine solche auch in Ansehung der Uebernahme des ganzen Vermögens durch Vertrag (§ 319) unterblieben ist. Auch die auf Gesetz beruhende eheliche und elterliche Nutznießung wird nach §§ 1292, 1520 vom Entwurfe nicht als Recht an der universitas aufgefaßt. Wirksam bleibt der obligatorische Vertrag, durch welchen die Einräumung des Nießbrauches am ganzen Vermögen versprochen wird. Nur bleibt die Nothwendigkeit, den Nießbrauch an den einzelnen Bestandtheilen des Vermögens besonders zu begründen. Ein solcher Vertrag bildet die Voraussetzung, unter welcher die über den Nießbrauch am Vermögen zu beschließenden besonderen Vorschriften Anwendung zu finden haben.

Begründung.

2. In § 1038 wird klargestellt, wie die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Einräumung des Nießbrauches am ganzen Vermögen zu verstehen sei, nämlich dahin, daß durch den obligatorischen Vertrag zwar alle Bestandtheile eines Vermögens zusammengefaßt werden können, die dingliche Wirkung aber davon abhängt, daß in Ansehung der einzelnen Gegenstände die Voraussetzungen für die Begründung des Nießbrauches an denselben sich erfüllen, soweit nicht das Gesetz ein Besonderes bestimmt (vergl. Bemerkungen zu § 1040 Nr. 4).

Schatz.

3. Das sächs. G. B. § 634 spricht dem Nießbraucher ausdrücklich das Recht am Schatze zu. Der Entwurf bestimmt keine Besonderheit, da es sich nur darum handeln kann, ob der Nießbrauch am Vermögen auf das Recht des Eigenthümers in Ansehung des Schatzes sich erstreckt und die Entscheidung dieser Frage davon abhängt, ob dieses Recht zur Zeit der Bestellung des Nießbrauches als schon vorhanden und von der Bestellung getroffen anzusehen ist. Wenn hierüber auch verschiedene Ansichten möglich sind, so fehlt es doch an einem Bedürfnisse, diese Spezialität in dem Gesetze zu entscheiden.

Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäfte.

4. Der Entwurf enthält nur Bestimmungen über den Nießbrauch am ganzen Vermögen einer Person, nicht aber über den Nießbrauch an einem Sondervermögen, welches für einen speziellen Zweck bestimmt ist. Am nächsten würde es liegen, den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäfte zu regeln.

Gegen eine besondere Regelung des Nießbrauches an einem Erwerbsgeschäfte sprechen indessen überwiegende Gründe. Eine solche Regelung kann nur für den Fall in Betracht kommen, wenn die Absicht der Betheiligten klar ist, daß das Geschäft fortgeführt werden soll. Im anderen Falle wird die Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch, auch wenn der Nießbrauch an einem zum Handelsbetriebe ꝛc. bestimmten Vermögensinbegriffe bestellt wird, ein angemessenes und den Absichten der Betheiligten entsprechendes Resultat ergeben. Ist die Absicht offenbart, daß das Erwerbsgeschäft fortgeführt und

---

als Einzelnachfolger behandelt. Diese Auffassung wird auch von der französischen Doktrin in Ansehung des in code civil Art. 612 erwähnten Nießbrauches am ganzen Vermögen getheilt. Im sächs. G. B. § 633, im bayr. Entw. III Art. 266 wird der Nießbrauch am ganzen Vermögen im gemeinrechtlichen Sinne als Nießbrauch an den nach der Liquidation zum Reinvermögen gehörenden Gegenständen verstanden.

in seinem wirthschaftlichen Bestande thunlichst erhalten werden soll, so läßt diese Absicht den Weg, auf welchem die Betheiligten ihr Ziel zu erreichen gedenken, im Dunkelen und sind verschiedene Wege zu diesem Ziele denkbar. Es fragt sich, ob ein Bedürfniß besteht, der Unvollständigkeit in der Erklärung des Parteiwillens durch dispositive Rechtsnormen zu Hülfe zu kommen, und ob es möglich ist, derartige Rechtsnormen aufzustellen, welche zu einer allgemeinen Anwendung sich eignen und von denen anzunehmen ist, daß sie in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Absicht der Betheiligten entsprechen.

Gegen die Annahme eines Bedürfnisses spricht, daß Bestimmungen dieser Art in keiner modernen Kodifikation sich finden und ein mit dieser Lücke verbundener Uebelstand sich bisher nicht bemerklich gemacht hat.

Ferner muß aber auch bezweifelt werden, ob es ausführbar sei, durch Aufstellung dispositiver Rechtsregeln der Unvollständigkeit in der Erklärung des Parteiwillens zu Hülfe zu kommen. Man geht sicherer, wenn man den Parteien die Bestimmung der erforderlichen Einzelnheiten überläßt und bei verbliebenen Dunkelheiten deren Beseitigung im Wege der Willensauslegung erwartet. Nicht selten wird der Fall sein, daß die Betheiligten an eine Administration des Erwerbsgeschäftes durch den Nießbraucher als durch einen Beauftragten gedacht haben.

Ueber die Gestaltung des Rechtsverhältnisses, wenn ein Erwerbsgeschäft unter die elterliche Nutznießung fällt, enthält § 1527 besondere Bestimmungen.

§ 1039.

Begründung des Nießbrauches an Rechten, welche zu dem Verm. gehören.

Ist der Wille der Betheiligten bei der rechtsgeschäftlichen Einräumung des Nießbrauches an einem Vermögen darauf gerichtet, den Nießbrauch an allen übertragbaren Rechten durch den Einräumungsvertrag, welcher insoweit einen dinglichen Karakter annimmt, zu begründen, so kann das Bedenken, daß die einzelnen Rechte nicht spezialisirt und vielleicht dem Besteller des Nießbrauches unbekannt gewesen sind, in dem vorliegenden Falle ebensowenig von Wirkung sein, wie im Falle des § 313. Durch die Bestimmung, daß der § 313 entsprechend anzuwenden ist, wird jenes Bedenken für den vorliegenden Fall beseitigt. Ob der Wille der Betheiligten auf die Begründung des Nießbrauches an allen übertragbaren Rechten gerichtet gewesen ist, bleibt der Beurtheilung des einzelnen Falles vorbehalten.

§ 1040.

Rechte des Bestellers wegen der Schuldentilgung.

1. Der § 1040 hat zur Voraussetzung einen obligatorischen Vertrag, welcher zu Bestellung des Nießbrauches am Vermögen und zwar am ganzen Vermögen einer Person, nicht etwa an einem speziellen Vermögen, z. B. an einem Handlungsvermögen, oder an einem Sondervermögen anderer Art, verpflichtet, und läßt die Fälle des gesetzlichen Nießbrauches unberührt. In § 1040 werden die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Bestellungspflichtigen und des anderen Vertragschließenden in Ansehung der Liquidation des Vermögens, an welchem der Nießbrauch bestellt werden soll, geregelt.

Digitized by Google

Wenn eine Besonderheit nicht bestimmt würde, so würde im Falle des Vorbehaltes des Nießbrauches bei Uebertragung des Vermögens der Nießbraucher als ursprünglicher Schuldner und der Erwerber nach Maßgabe des § 319 den Gläubigern haften; im Falle der Bestellung des Nießbrauches dagegen würden die Gläubiger sich nur an den Besteller des Nießbrauches und an das bei diesem verbliebene Vermögen halten können. Letzteres besteht in den nach wie vor dem Besteller gehörenden Vermögensobjekten und bei verbrauchbaren Sachen in den Ansprüchen auf Rückgewähr, ferner, was besonders zu berücksichtigen ist, in den etwaigen Ansprüchen des Bestellers gegen den Nießbraucher auf Erfüllung der Verbindlichkeiten des Bestellers aus den — insoweit von dem begründeten Nießbrauche frei zu gebenden — Mitteln des Vermögens. Hat der Besteller sein Vermögen mit der Bestimmung hingegeben, daß die Gläubiger daraus nicht befriedigt werden sollen, so werden den Gläubigern Paulianische Rechtsmittel zum Schutze dienen. Abgesehen von diesem letzteren Falle kann den Gläubigern ein Recht der Inanspruchnahme des Nießbrauchers nur insoweit zugestanden werden, als aus dem obligatorischen Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller eine Verpflichtung des ersteren zur Befriedigung der Gläubiger sich ergiebt.

Wenn auch in den neueren Gesetzgebungen besondere die Liquidation des dem Nießbrauche unterliegenden Vermögens betreffende Vorschriften sich nicht finden, so erscheint es doch nicht gerathen, es bei dem Resultate zu belassen, welches sich ergiebt, wenn das Gesetz schweigt. Das praktische Bedürfniß erfordert, daß die von den Betheiligten meistens offen gelassene Frage, wem die Liquidation des Vermögens obliegen und wer hiernach in dem inneren Verhältnisse zwischen den Betheiligten zur Verfügung über das Vermögen zum Zwecke der Liquidation berechtigt und zur sorgfältigen Besorgung der Liquidation verpflichtet sein solle, in dem Gesetze eine Lösung finde. Dieses Bedürfniß ist um so weniger zu bestreiten, als bei dem Erbschaftskaufe die Frage der Liquidation in einer Weise gelöst wird, welche für den Fall des Nießbrauches nicht paßt. In dem letzteren Falle würde es dem beschränkten Inhalte und der beschränkten Dauer des Nießbrauches nicht entsprechen, wenn dem Nießbraucher die Liquidation des Vermögens übertragen würde. Der Entwurf ist dahin zu verstehen, daß die Liquidation des Vermögens Sache des Bestellers bleibt. Man darf indessen hierbei nicht davon ausgehen[1]), daß der Nießbrauch an den einzelnen Aktiven schon entstanden ist, sondern es ist zunächst die Frage aufzuwerfen, inwieweit der Nießbrauch an den einzelnen Aktiven von dem Bestellungspflichtigen zu bestellen ist.

Zurückbehaltungsrecht.

2. Sieht man die Liquidation des Vermögens als Sache des Bestellers an, so muß man dem Bestellungspflichtigen das Recht beilegen, die nöthigen Mittel zur Schuldentilgung zurückzubehalten (§ 1040 Abs. 1 Satz 1). Es handelt sich um eine dispositive Rechtsregel, welche auf den Inhalt des vorausgehenden obligatorischen Rechtsgeschäftes sich bezieht und dahin geht, daß nur die Begründung des Nießbrauches an denjenigen Vermögensgegenständen als

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 42; sächs. G. B. §§ 631, 633; code civil Art. 612; bayr. Entw. III Art. 266.

zugesagt gilt, welche der Besteller des Nießbrauches nicht zur Tilgung der Schulden bedarf, wobei zunächst nur der Fall berücksichtigt wird, daß die zu tilgenden Schulden fällig sind, das Tilgungsbedürfniß mithin ein gegenwärtiges ist. Der Fall, wenn die Schuld zweifelhaft ist, wird auf Grund der Analogie, da es auch hier an einem gegenwärtigen Tilgungsbedürfnisse fehlt, dem Falle gleich zu behandeln sein, wenn die Schuld noch nicht fällig ist, ohne daß eine solche Gleichbehandlung im Gesetze zu bestimmen ist. Will der Besteller das Zurückbehaltungsrecht ausüben und bestreitet der Nießbraucher die Existenz oder Fälligkeit der Schuld, so wird die Beweislast den Besteller treffen und in Ermangelung des Beweises werden die Vorschriften über die nicht fälligen Forderungen auch für die zweifelhaften Forderungen in ihrer analogen Anwendung ein sachentsprechendes Resultat ergeben.

Rückforderungsrecht gegen den Nießbraucher.

3. Die Bestellung des Nießbrauches an den einzelnen Gegenständen, welche sich später als zur Schuldentilgung erforderlich erweisen, weil der Bestand der Schuld dem Besteller unbekannt war, darf das Recht des Bestellers, die einzelnen Gegenstände des Vermögens zur Schuldentilgung zu verwenden, nicht beeinträchtigen. Wenn das Gesetz schwiege, so würde der Besteller die über seine Verbindlichkeit hinausgehenden Nießbrauchsbestellungen mit der condictio indebiti (§ 737) zurückfordern, event. auch, wenn er in der Voraussetzung, daß der Nießbraucher mit dem Empfangenen die Schulden tilgen würde, zu viel geleistet hat, mit der condictio ob rem (§ 742) das Gegebene zurückverlangen können. Man schafft indessen einfacheres und klareres Recht, wenn man dem Besteller das Rückforderungsrecht überhaupt in Ansehung derjenigen Gegenstände giebt, welche er hätte behalten dürfen, aber nicht behalten hat. Die Lage des Empfängers wird nur wenig geändert, nämlich nur insofern, als ihm der Beweis der Kenntniß des Bestellers von seinem Zurückbehaltungsrechte und der Umstand, daß es an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Voraussetzung (§ 742) gefehlt hat, nichts nützt. Eine nach diesen Richtungen verschärfte Haftung des Empfängers ist den besonderen Umständen des Falles nach nur der Billigkeit entsprechend.

gegen einen dritten Erwerber.

4. Der Entwurf verdinglicht in gewisser Weise das Rückforderungsrecht, indem er die Rückgabepflicht den Nießbrauch sachlich beschränken und diese sachliche Beschränkung in derselben Weise, wie die Legalobligation des Sachnießbrauchers, auf jeden Einzelnachfolger, welchem der Nießbrauch übertragen wird, übergehen läßt. Durch diese Bestimmung wird der Nießbrauch am Vermögen in seiner Beziehung auf einen Bestandtheil des Vermögens zu einem besonders qualifizirten Nießbrauche gemacht und derjenige, welcher zur Bestellung des Nießbrauches am Vermögen verpflichtet ist, nur zur Bestellung eines qualifizirten Nießbrauches verpflichtet. Die Qualifikation besteht darin, daß der Nießbraucher als solcher verbunden ist, die empfangenen Gegenstände zum Bedarfe der Schuldentilgung zurückzugewähren. Bei dem in das Grundbuch einzutragenden Nießbrauche wird es Sache des Bestellers bleiben, behufs seines Schutzes gegen die Folgen der publica fides des Grundbuches dafür zu sorgen, daß die Qualifikation des Nießbrauches aus dem Grundbuche ersichtlich ist, d. h. daß ersichtlich ist, der Nießbrauch sei behufs der Einräumung des Nießbrauches am ganzen Vermögen bestellt. Zwar könnte gegen die Bezeichnung

des Bestellers als des Gläubigers aus der Legalobligation zur Rückgabe behufs der Schuldentilgung der Einwand erhoben werden, daß die dem Nießbraucher als solchem obliegende Verpflichtung nur gegenüber dem Eigenthümer der Sache bezw. demjenigen bestehe, dessen Recht mit dem Nießbrauche belastet ist, daß also der Besteller in dem Falle aufgehört hat, Gläubiger zu sein, wenn er inzwischen sein Recht veräußert hat. Eine solche Veräußerung des nudum jus wird kaum vorkommen. Kommt sie einmal vor, so bleibt dem Nießbraucher unbenommen, die Legitimation des Bestellers in Ansehung des einzelnen zurückverlangten Gegenstandes zu bestreiten.

Auswahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände.

5. Bei dem Versprechen des Nießbrauches am ganzen Vermögen bestimmt sich der Leistungsgegenstand erst durch eine vorausgehende Aussonderung der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände. Ein solches Versprechen ist dahin zu verstehen, daß die Aussonderung der fraglichen Gegenstände und die Liquidation des Vermögens durch den Verpflichteten zu geschehen hat, nicht aber dahin, daß die Bestellung des Nießbrauches an allen einzelnen Bestandtheilen des Vermögens versprochen ist und der andere Theil nur seinerseits die Verpflichtung übernommen hat, die zur Schuldentilgung erforderlichen Gegenstände dem zur Bestellung des Nießbrauches Verpflichteten zu belassen. Das Versprechen der Nießbrauchsbestellung ist beschränkt, nicht aber bei unbeschränktem Versprechen dem Versprechensempfänger eine Gegenverbindlichkeit auferlegt. Hieraus ergiebt sich dann aber von selbst, daß der Promittent die zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände zu bestimmen hat.

Für die Liquidationsthätigkeit des Verpflichteten wird, da dieselbe zur Bewirkung der Leistung gehört, die allgemeine Regel gelten, daß mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu verfahren ist; es erscheint im Interesse der Deutlichkeit des Gesetzes räthlich, hierauf hinzuweisen (§ 1040 Abs. 3). Da indessen bei der Auswahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände die Interessen beider Theile von einander abweichen, so bleibt die Frage offen, wessen Interesse zur Richtschnur zu dienen hat. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß das Interesse weder des einen noch des anderen Theiles entscheiden kann, sondern ein objektives Merkmal der auszuwählenden Gegenstände im Gesetze zu bestimmen ist. Dieses Merkmal kann aber nur ein allgemeines, für jede Vermögensliquidation ohne Berücksichtigung persönlicher Interessen geltendes sein und folglich nur darin gefunden werden, daß die zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände im Verhältnisse zu den übrigen Gegenständen des Vermögens zu diesem Zwecke am meisten geeignet sind (§ 1040 Abs. 1 Satz 4).

Von selbst versteht sich, daß von dem Verpflichteten nur zum Zwecke der wirklichen Schuldentilgung einbehalten werden darf und daß demselben nicht etwa frei steht, Gegenstände, deren Taxwerth den Schuldbetrag deckt, unter Berichtigung der Schulden aus anderweiten Mitteln nießbrauchsfrei zu behalten. Hieraus ergiebt sich ein Interesse desjenigen, welchem der Nießbrauch zu bestellen ist, an der wirklichen Verwendung der einbehaltenen Objekte zur Schuldentilgung; doch hat um dieses Interesses willen der Letztere in Ansehung der Liquidation nicht als dominus negotii zu gelten, welchem Rechnung zu legen ist. Indessen wird eine Manifestationspflicht des Bestellungspflichtigen, wenn das

Vermögen auch nur zum Nießbrauche und nicht zum Eigenthume herauszugeben ist, anzunehmen sein und aus § 777 sich ergeben.

Das Recht der Auswahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände ist, wenn zu diesem Zwecke anstatt der Einbehaltung zurückgefordert wird, der gleichen Regel zu unterstellen. Das Rückforderungsrecht besteht schlechthin, soweit das Bedürfniß der Schuldentilgung solches rechtfertigt. Durch die Hingabe zum Nießbrauche wird in Ansehung des Rechtes des Bestellers, aus den Mitteln des Vermögens die Schulden zu berichtigen, unter den Betheiligten nichts geändert. Deshalb wird insbesondere das Recht zur Auswahl nicht als auf den Empfänger übertragen anzusehen sein, sondern dem Besteller verbleiben.

Nicht fällige Schulden.

6. Bei den nichtfälligen Schulden wird das versagte Zurückbehaltungsrecht durch das mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit eintretende Rückforderungsrecht in einer Weise ersetzt, welche den Interessen beider Theile gerecht wird (§ 1040 Abs. 2).

Schuldentilgung durch den Nießbraucher.

7. In Ansehung der Frage, ob und wann eine von dem Nießbraucher im Namen des Bestellers ohne Auftrag desselben behufs der Schuldentilgung vorgenommene Veräußerung eines dem Nießbraucher hingegebenen Gegenstandes wirksam sei, welche Ansprüche dem Nießbraucher erwachsen, wenn derselbe aus eigenen Mitteln Schulden getilgt hat, sind Besonderheiten nicht zu bestimmen[1]).

§ 1041.

Verzinsung der Schulden.

Im geltenden Rechte wird anerkannt und zum Theil ausgesprochen, daß im Verhältnisse unter den Betheiligten der Nießbraucher am Vermögen zur Zahlung der Zinsen auf die das Vermögen belastenden Schulden verbunden ist[2]).

Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung der Zinsen ist gerechtfertigt, wenn zur Deckung der verzinslichen Schuld Gegenstände weder einbehalten noch zurückgegeben sind, da die Zinsen aus den Nutzungen der zur Deckung der Schuld heranzuziehenden, aber nicht herangezogenen Gegenstände zu bestreiten sind. Ueber den Fall, daß während der Dauer des Nießbrauches verzinsliche Schulden im beiderseitigen Interesse behufs Erhaltung des Vermögensbestandes kontrahirt werden, braucht eine besondere Bestimmung nicht gegeben zu werden, da es Sache der Betheiligten ist, sich wie über die Kontrahirung der Schuld so auch über die Tragung der Zinsen zu verständigen.

Die Vertheilung der Zinsen pro rata temporis rechtfertigt sich aus denselben Gründen, aus denen eine gleiche Vertheilung der Hypothekenzinsen und der Versicherungsprämien, deren Berichtigung dem Nießbraucher obliegt (§ 1003 Nr. 3, 4), bestimmt ist.

Die Vorschrift, daß der Nießbraucher die Zinsen zu tragen habe, genügt indessen nicht. Wenn man den Bestand des in Nießbrauch gegebenen Ver-

---

[1]) Zu vergl. code civil Art. 612 Abs. 2, bayr. Entw. III Art. 266 a. E.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 71; code civil Art. 612; zu vergl. bayr. Entw. III Art. 266 Abs. 2.

mögens nicht in unwirthschaftlicher Weise vermindern lassen will, so muß man dem Nießbraucher die Bezahlung der Renten, Leibrenten, Altentheilsprästationen ꝛc. auferlegen, welche der Besteller zu entrichten übernommen hat. Allerdings macht die nähere Bestimmung dieser dem Nießbraucher aufzuerlegenden Prästationen einige Schwierigkeit; einerseits kann nicht das äußere Merkmal der gleichmäßigen Vertheilung von Leistungen auf einen längeren Zeitraum, z. B. bei Ausbedingung von Zielen für zu berichtigende Kaufgelder, entscheiden, andererseits ist auch nicht gerade eine gleichmäßige periodische Wiederkehr der Leistungen zu verlangen, da unter Umständen dem Nießbraucher die Bewirkung auch solcher Leistungen obliegen muß, welche an einem dies incertus quando fällig werden. Die Bezugnahme auf die Verfahrensweise eines ordentlichen Hausvaters wird indessen ein Unterscheidungsmerkmal bieten, welches genügend deutlich ist und dem Erfordernisse einer wirthschaftlichen Behandlung und Erhaltung des in Nießbrauch gegebenen Vermögensbestandes entspricht.

Zahlung der Renten ꝛc. Leistungen.

§ 1042.

Wegen der besonders schwierigen Lage, in welcher sich der Besteller des Nießbrauches am ganzen Vermögen befindet, ist es für zweckentsprechend zu erachten, daß demselben das Recht gegeben werde, die Aufnahme des Inventares (§ 993) unter öffentlicher Autorität zu verlangen[1]).

Verzeichniß des Vermögens.

§ 1043.

Die über den Nießbrauch an einem Vermögen beschlossenen Vorschriften sind zur entsprechenden Anwendung auf den Fall geeignet, wenn der Nießbrauch an dem Bruchtheile eines Vermögens eingeräumt ist. Es entspricht der im Entwurfe auch sonst befolgten Art der Regelung, daß dies im Gesetze Ausdruck findet (vergl. §§ 313, 319, 350, 501, 777, 993).

Nießbrauch an einem Bruchtheile des Vermögens.

Da bei Erbschaften der legirte Nießbrauch nicht selten sein wird, auch die Bestellung des Nießbrauches an einer erworbenen Erbschaft vorkommen kann, so empfiehlt es sich, die innerlich gerechtfertigte Anwendbarkeit der Vorschriften über den Nießbrauch an einem Vermögen auf die Fälle des Nießbrauches an Erbschaften oder Erbschaftsquoten hervorzuheben.

---

[1]) Nach dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 113, 115 und dem sächs. G. B. § 632 genügt auch bei dem Nießbrauche am ganzen Vermögen die Aufnahme eines Privatinventares. Das franz. Recht, code civil Art. 600, schreibt allgemein die öffentliche Aufnahme des Inventares vor.

Dritter Titel.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1044.

Begriff und Inhalt.

1. In den neueren Gesetzgebungen ist der Begriff des römischen usus überwiegend dahin aufgefaßt worden, daß der usus ein auf die Nothdurft einer Person eingeschränkter Nießbrauch sei[1]). Neben den Nießbrauch und neben das Gebrauchsrecht stellt die gemeinrechtliche Doktrin die vielfach als irregulär bezeichneten Personalservituten, welche nicht den vollen Fruchtgenuß und Gebrauch, sondern einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches geben[2]).

Neben dieser durch die geschichtliche Entwickelung gegebenen Eintheilungsweise ist eine andere Eintheilungsweise durch die Rechtslogik gegeben. Der Nießbrauch verleiht kraft seines gesetzlich bestimmten Inhaltes das Recht auf alle Nutzungen der Sache, soweit nicht rechtsgeschäftlich eine Ausnahme gemacht ist. Der karakteristische Willensinhalt bei der Begründung des Nießbrauches geht also dahin, daß dem Erwerber die Gesammtheit der Nutzungen gebühren soll. Eine Beschränkung hebt den karakteristischen Willensinhalt nicht auf; wohl aber trifft derselbe nicht zu, wenn Benutzungsrechte nur insoweit gegeben werden sollten, als deren Inhalt positiv bestimmt ist, nicht aber insoweit, als das Recht zur ausschließlichen Benutzung nicht verneint ist. Die Besonderheit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten liegt also in der rechtsgeschäftlichen Spezialisirung des Rechtsinhaltes; in dieser Beziehung gleichen dieselben den Grunddienstbarkeiten.

Rechtsgeschäftliche Spezialisirung des Inhaltes.

Der Entwurf folgt der vorstehend bezeichneten, durch die Natur der Sache gegebenen Eintheilungsweise und bestimmt deshalb in § 1044 den möglichen Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in analoger Weise, wie der mögliche Inhalt der Grunddienstbarkeit bestimmt ist. Aehnlich verfährt das franz. Recht. Der code civil Art. 628 stellt bei den „droits d'usage et d'habitation" als Grundregel voran, daß der Rechtsinhalt durch die Privatwillkür gesetzt wird: „Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent d'après ses dispositions plus ou moins d'étendue". Im preuß. A. L. R. I, 21 § 227 wird der beschränkte Nießbrauch von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht hinreichend scharf unterschieden. Ob ein Nießbrauch oder ob eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden sollte, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein, wenn nämlich die möglichen Nutzungen alle einzeln aufgezählt werden, während die Absicht auf die Zuwendung der Gesammtheit der Nutzungen geht. Bei der Auslegung wird auf das Vorliegen des für die eine oder für die andere Art der Dienstbarkeit karakteristischen Willensinhaltes zu sehen sein.

Gegenstand.

2. Der Entwurf läßt die Begründung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten nur an Grundstücken zu. Bei beweglichen Sachen würde ein beschränktes

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 19 §§ 22 ff.; sächs. G. B. § 637; bayr. L. R. II, 9 § 11. Abweichend: bayr. Entw. III §§ 270 ff.

[2]) Vergl. sächs. G. B. § 601; bayr. Entw. III Art. 277.

persönliches Benutzungsrecht nicht hinreichend kundbar gemacht werden können, da ein solches Recht die Sache in der Inhabung des Eigenthümers beläßt und deshalb die Traditionsform dem Inhalte des Rechtes nicht entsprechen würde. Dem praktischen Bedürfnisse wird hier durch die Möglichkeit obligatorischer Verträge auf Ueberlassung der Benutzung genügt.

§ 1045.

Untheilbarkeit.

Die Vorschrift des § 1045 stimmt sachlich mit der für Grunddienstbarkeiten gegebenen Vorschrift des § 968 überein. Bei dem gleichartigen Inhalte beider Arten von Rechten ist eine solche Wiederholung innerlich gerechtfertigt und, da allgemeine Bestimmungen nicht aufgenommen sind, erforderlich.

Die Vorschrift bezieht sich nicht auf die Theilbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf ihrer aktiven Seite. Diese Theilbarkeit wird davon abhängen, ob der Gegenstand der Dienstbarkeit für eine Quotentheilung empfänglich oder nicht empfänglich ist.

§ 1046.

Maßgeblichkeit des persönlichen Bedürfnisses.

Der Entwurf giebt nicht, wie bei den Grunddienstbarkeiten, eine absolute Vorschrift, welche den Inhalt der Dienstbarkeit nach einem Zwecke derselben begrenzt. Auch in den modernen Gesetzgebungen beruht der Einfluß, welchen dieselben dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten beimessen, nicht auf zwingenden Normen[1]). Die Vorschrift des Entwurfes ist vielmehr dispositiver Natur. Die Aufstellung einer bloßen Auslegungsregel würde nicht genügen, da durch eine solche der Inhalt des in das Grundbuch eingetragenen Rechtes dritten Personen nicht kundgemacht werden würde. Der Ausdruck: „persönliches Bedürfniß" kann nicht wohl näher erklärt werden. Man wird ihn in dem weiteren Sinne aufzufassen haben, daß sowohl das Bedürfniß der Haushaltung als das Bedürfniß des Geschäftsbetriebes des Berechtigten in Betracht kommen. Ob nach dem besonderen Inhalte der Dienstbarkeit in einzelnen Richtungen eine Anpassung an das persönliche Bedürfniß durch die Natur der Dinge, z. B. bei Unterlassungspflichten, ausgeschlossen sei, kann dahingestellt bleiben, da eine solche Unmöglichkeit, welche aber kaum anzunehmen sein wird, von selbst die Anwendung der Vorschrift ausschließen würde.

§ 1047.

Veräußerung und Belastung.

Es kann fraglich sein, inwieweit die Vorschriften der neueren Gesetzgebungen über die Unveräußerlichkeit von Gebrauchs- und Wohnberechtigungen[2])

---

[1]) Zu vergl. preuß. A. L. R. I, 19 §§ 26 ff.; code civil Art. 630; bayr. L. R. II, 9 § 11; sächs. G. B. § 637; österr. G. B. §§ 505 ff.; bayr. Entw. III Art. 270, hess. Entw. II, 4 Art. 30.

[2]) Zu vergl. preuß. A. L. R. II, 15 § 75; bayr. L. R. II, 9 § 11; code civil Art. 631, 634; sächs. G. B. § 643; österr. G. B. § 507; bayr. Entw. III Art. 219; hess. Entw. II, 4 Art. 30 Abs. 2.

als Vorschriften zwingender Natur anzusehen sind. Da der Entwurf die Veräußerlichkeit des Nießbrauches annimmt und da die beschränkte persönliche Dienstbarkeit von dem Nießbrauche nur durch die Begrenzung der in ihr liegenden Befugnisse sich unterscheidet, so kann er auch die Uebertragbarkeit einer persönlichen Dienstbarkeit dem Rechte oder der Ausübung nach nicht als mit dem Begriffe derselben unvereinbar ansehen. Dagegen ist es der Privatdisposition unbenommen, den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit so zu bestimmen, daß eine jede von einer anderen Person als dem ursprünglich Berechtigten vorgenommene Ausübungshandlung nicht mehr Ausübung des Rechtes der Dienstbarkeit ist. Man muß aber noch weiter gehen und annehmen, daß, wenn ein Anderes nicht bestimmt ist, die Befugniß zur Ausübung der persönlichen Dienstbarkeit an die Person des Berechtigten als eine höchstpersönliche Befugniß geknüpft sein solle. Eine hierauf gehende Vereinbarung ist nicht ein zu dem Begründungsvertrage hinzutretendes vertragsmäßiges Veräußerungsverbot, welchem im Sachenrechte nur obligatorische Wirksamkeit zugestanden werden kann, sondern Bestandtheil des Begründungsvertrages, durch welchen der Inhalt der Dienstbarkeit bestimmt wird. Gegen betrügerische Versuche eines Schuldners, sich auf diesem Wege ein exekutionsfreies Vermögensobjekt zu verschaffen, werden die Gläubiger durch die paulianischen Rechtsbehelfe geschützt. Die Konsequenz aus der in Ermangelung anderweiter gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung anzunehmenden innigen Verknüpfung der Dienstbarkeit mit der Person des Berechtigten ist die Ausschließung der Uebertragung des Rechtes, sowie die Unzulässigkeit einer Ueberlassung der Ausübung; diese Konsequenz wird in § 1047 ausgesprochen. Nach §§ 1020 1207 hat die Nichtübertragbarkeit auch die Nichtbelastbarkeit zur Folge.

Ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht übertragbar und nicht belastbar und kann auch deren Ausübung nicht einer anderen Person überlassen werden, so ist sie nach § 312 Satz 2 nicht pfändbar, die in § 754 Abs. 3 der C. P. O. gedachten Maßregeln bleiben ausgeschlossen; auch gehört in Folge hiervon ein solches Recht nicht zu der Konkursmasse des Berechtigten.

§ 1048.

Anwendbarkeit der Vorschriften: 1. über Grunddienstbarkeiten;

I. Wegen der Aehnlichkeit des Rechtsinhaltes der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und der Grunddienstbarkeiten müssen auf die ersteren alle diejenigen Vorschriften passen, welche nicht mit der subjektiv-dinglichen Natur der Grunddienstbarkeiten in Verbindung stehen. Was die Vorschriften über den possessorischen Schutz anbelangt, so ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Berechtigte vermöge des Rechtes das Grundstück inne hat und somit die Vorschriften über den possessorischen Schutz direkte Anwendung finden. Das Gleiche kann aber, wie Seite 490 bemerkt ist, auch bei den Grunddienstbarkeiten eintreten.

2. über Nießbrauch.

II. Eine Besonderheit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gegenüber den Grunddienstbarkeiten besteht darin, daß die ersteren, wenn Gesetz oder Rechtsgeschäft solches ausnahmsweise zulassen, übertragen und belastet werden

können. Diese Besonderheit macht die Allegirung weiterer Vorschriften erforderlich. Für den Fall der Aufhebung durch Rechtsgeschäft ist § 965 Abs. 2 alsdann anwendbar, wenn die Dienstbarkeit bei deren Aufhebung durch Rechtsgeschäft mit Rechten dritter Personen belastet war. Ferner müssen die aus dem Titel über den Nießbrauch allegirten Vorschriften, welche auf die Folgen einer Veräußerung des Nießbrauches sich beziehen, für entsprechend anwendbar erklärt werden, weil die Analogie innerlich gerechtfertigt ist und sonst eine Lücke entstehen würde.

Die Vorschriften über die Kautionspflicht des Nießbrauchers (§§ 1004, 1005), sind nicht mit allegirt. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften wird durch den Umstand, daß die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einen weiteren Inhalt als die Grunddienstbarkeiten haben und insbesondere zur Inhabung des Grundstückes berechtigen können, nicht gerechtfertigt. Die Kautionspflicht würde den Berechtigten härter treffen als den Nießbraucher. Diese Härte würde sich besonders fühlbar machen bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, welche zu einem Altentheile gehören oder ähnlicher Art sind. Noch bedenklicher wäre die Zulassung der Sequestration, da dieselbe meist den Inhalt des Rechtes, der Natur desselben zuwider, umwandeln würde. Der gewöhnliche Schutz des verletzten Eigenthümers wird genügen, da derselbe nach der C. P. O. (§§ 775, 814, 815) unter Umständen eine ihn schützende Strafandrohung und Sicherheitsleistung erreichen kann.

Ebensowenig sind die Vorschriften der §§ 997—1003 über die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Lasten der Sache zu tragen, für gewisse Fälle der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für anwendbar zu erklären; denn so lange das Recht den Karakter einer solchen Dienstbarkeit bewahrt, ist eine Lastentragung des Berechtigten nicht gerechtfertigt; sollten aber dem Berechtigten die Inhabung des Grundstückes und die gesammten Nutzungen desselben, wenn auch unter Spezialisirung der letzteren, zugewiesen sein, so wird der Auslegung des Begründungsvertrages dahin, daß der Nießbrauch eingeräumt werden sollte, nichts im Wege stehen.

§ 1049.

Erlöschen der Dienstbarkeit mit dem Tode des Berechtigten ꝛc.

Die in § 1049 durch eine Vorschrift absoluter Natur ausgesprochene zeitliche Begrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist dieser nach dem geltenden Rechte mit dem Nießbrauche gemeinsam und mußte nur, da allgemeine Bestimmungen über Dienstbarkeiten oder persönliche Dienstbarkeiten vom Entwurfe nicht aufgenommen sind, hier besonders ausgesprochen werden. Eine Verweisung auf die einschlagende Vorschrift des Titels über den Nießbrauch genügt. Den für eine juristische Person begründeten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, abweichend vom geltenden Rechte, mit dem zür. G. B. § 688 allgemein die Möglichkeit unbegrenzter Dauer zuzugestehen, liegt ein genügender Grund nicht vor. Wohl aber rechtfertigt sich die Berücksichtigung der Aehnlichkeit zwischen Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, wenn letztere sich innerhalb des zulässigen Maßes von Grunddienstbarkeiten halten. Solchenfalls entspricht häufig die zeitliche Unbegrenztheit

des Rechtes dem fortdauernden Bedürfnisse des Berechtigten, wenn derselbe nämlich eine juristische Person ist, und liegt in der Dauerhaftigkeit der juristischen Person ein genügender Grund, die Begründung derartig beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten ohne zeitliche Grenze zu Gunsten derselben zuzulassen[1]).

Wohnungsrecht.

§ 1050.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

I. Die Vorschrift des ersten Absatzes des § 1050 ist aufgenommen, um den nicht seltenen Zweifeln vorzubeugen, ob die Beurtheilung des Wohnungsrechtes, insbesondere wenn dasselbe an einem ganzen Gebäude bestellt worden, als beschränkte persönliche Dienstbarkeit zulässig und nicht vielmehr Nießbrauch anzunehmen sei. Zu einem seinem Inhalte nach gesetzlich definirten Rechte wird das Wohnungsrecht durch die Vorschriften des § 1050 nicht gemacht; auch da, wo die Gesetzgebungen für eine solche Dienstbarkeit einen technischen Ausdruck gebrauchen[2]) und dispositive Rechtsnormen in Ansehung derselben aufstellen, bleibt die Bestimmung des Inhaltes des eingeräumten Gebrauchsrechtes dem Parteiwillen überlassen.

Ueber den Fall, wenn dem Berechtigten nur ein Mitbenutzungsrecht (Einsitz, Beisitz, Herberge) zusteht, werden besondere Bestimmungen nicht gegeben. Die Gewährung von Wohnung kann Gegenstand einer Verpflichtung sein und diese Verpflichtung kann als Reallast auf ein Grundstück gelegt sein oder ohne eine solche dingliche Grundlage bestehen (vergl. § 1051 und Note zu § 663)[3]). Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit führt das Mitbenutzungsrecht zu verwickelten Rechtsverhältnissen. Wenn die Begründung eines solchen Rechtes auch nicht wohl auszuschließen ist, so würde doch eine besondere Berücksichtigung und damit eine Begünstigung der Begründung desselben wenig angemessen sein[4]).

Anwendung gewisser Vorschriften über Nießbrauch.

II. Die analoge Anwendbarkeit der in dem zweiten Absatze des § 1050 aus dem Titel über den Nießbrauch allegirten Vorschriften rechtfertigt sich durch den Umfang des Gebrauchsrechtes, welches zu der Inhabung des Gebäudes oder des dem Gebrauche unterworfenen Theiles desselben berechtigt, gleichviel ob dieses Recht veräußerlich ist oder nicht. Die Vorschriften über die Kautionspflicht des Nießbrauchers und über die Zulässigkeit einer gegen denselben zu verfügenden Sequestration sind auch hier nicht herangezogen, weil deren Anwendung eine nicht wohl gerechtfertigte Härte gegen den Wohnungsberechtigten enthalten würde. Auch die Allegirung der nur für den Ausnahmefall eines veräußerlichen Wohnungsrechtes möglicher Weise anzuwendenden Vorschrift des § 1008 ist nicht für angemessen erachtet.

---

[1]) Vergl. bayr. Entw. III Art. 279.

[2]) Code civil Art. 633, 634; österr. G. B. § 521; zür. G. B. § 751; ital. G. B. Art. 524; bayr. Entw. III Art. 273. Vergl. sächs. G. B. § 640.

[3]) Vergl. dresd. Entw. Art. 881—884.

[4]) Vergl. sächs. G. B. § 641; zür. G. B. § 752; bayr. Entw. III Art. 274; siehe auch sächs. G. B. § 1159, bayr. Entw. II Art. 795.

III. Die Vorschriften des dritten Absatzes des § 1050 enthalten zwei dispositive Vorschriften, welche den Umfang des Wohnungsrechtes in zwei einzelnen Beziehungen regeln. Umfang des Wohnungsrechtes.

1. Bei Voraussetzung eines auch der Ausübung nach nicht übertragbaren Wohnungsrechtes geht das Recht auf das persönliche Bewohnen des Gebäudes. In einem solchen Falle liegt die Gefahr nahe, daß das persönliche Bewohnen in einem zu engen Sinne aufgefaßt werde. Daß durch Aufnahme von Besuch die dem Berechtigten zustehenden Befugnisse nicht überschritten werden, wird von dem Zweifel nicht getroffen. Dieser bezieht sich vielmehr nur auf die Frage, welche Personen zum Mitwohnen aufgenommen werden dürfen. Der Entwurf bezeichnet den Berechtigten als befugt zur Aufnahme seiner Familie. Der letztere Ausdruck wird im Sinne des gewöhnlichen Lebens gebraucht. Spezielle Vorschriften darüber, ob eine später erst begründete Familie, später hinzutretende Familienglieder 2c. aufgenommen werden dürfen[1]), werden nicht erforderlich sein; soweit nach der Auffassung des gewöhnlichen Lebens das Zusammenleben und Zusammenwohnen des Berechtigten mit den Gliedern seiner Familie als das Normale erscheint, mag derselbe auch vielleicht nicht alimentationspflichtig sein, ist die Aufnahme der fraglichen Personen zum Mitbewohnen gestattet. Ferner erwähnt der Entwurf die zur standesgemäßen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen. Die Pflege ist besonders erwähnt, da man dieselbe nicht in allen Fällen unter der Bedienung mitverstehen kann. Dabei braucht es sich nicht gerade um Bedienung und Pflege des Berechtigten zu handeln; in Ansehung der Bedienung und Pflege der mitaufgenommenen Personen muß dasselbe gelten. Aufnahme zum Mitbewohnen.

Die besonderen Normen über das Wohnungsrecht sind nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß das Recht als ein auch der Ausübung nach unveräußerliches bestellt ist; nur ist dieser Fall als der Regelfall gedacht. Die Beurtheilung eines anomalen, seinem Inhalte nach erweiterten Wohnungsrechtes wird sich von selbst ergeben.

2. In dem zweiten Satze des dritten Absatzes wird die Erstreckung des Wohngebrauches, auch wenn derselbe nur an einem Theile des Gebäudes besteht, auf die zum gemeinsamen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen ausgesprochen, weil eine solche zum Wohngebrauche allerdings erforderliche Benutzung, wenn im Begründungsvertrage nichts bestimmt ist, leicht als nicht mit bewilligt angesehen werden könnte[2]). Anlagen zum gemeinsamen Gebrauche.

---

[1]) Code civil Art. 632; sächs. G. B. § 639; zür. G. B. § 751; vergl. bayr. Entw. III Art. 273.

[2]) Das sächs. G. B. § 642 und der bayr. Entw. III Art. 275 reden nur von der Mitbenutzung der Wasseranlagen.

Achter Abschnitt.

Reallasten.

Vorbemerkungen.

Geschichtliche Grundlage.

1. Die eigenthümliche Stellung, welche der Grundbesitz in dem politischen und wirthschaftlichen Leben des Mittelalters einnahm, hatte zur Verknüpfung mannigfacher Leistungen mit dem Grund und Boden geführt. Vornehmlich waren es die Rechte des Grundherrn und des Schutzherrn, welche den bäuerlichen Besitz mit Zins-, Dienst- und Zehntpflichten beschwerten. Aber auch zur Fundirung und zur besseren Ausstattung kirchlicher Einrichtungen wurden solche Lasten in großer Zahl und in weiter Verbreitung auf die Grundstücke gelegt. Daneben entwickelten sich in dem Rentenkaufe und der Leibzucht rein privatrechtliche Institute, welche eine ähnliche Belastung des Bodens bedingten.

Das röm. Recht kennt derartige Rechtsgebilde nicht. Gleichwohl haben sich dieselben bis auf die Gegenwart erhalten. Das Verschwinden jener Herrschaftsrechte aus der heutigen Rechtsordnung hat sie nicht beseitigt, sondern vielfach nur die Wirkung gehabt, daß die auf den Grundstücken ruhende Verpflichtung zur Leistung von Natural- und Geldabgaben, Diensten und Zehnten ihren öffentlichrechtlichen Karakter abgestreift hat. Die franz. Gesetzgebung hat auch die privatrechtliche Seite der alten Unterthänigkeit aufgehoben, so daß in denjenigen Gebieten Deutschlands, in welchen das franz. Gesetzbuch gilt, von Baden abgesehen, Lasten der gedachten Art nicht mehr vorkommen. Für die übrigen Gebiete des Reiches ist die Landesgesetzgebung meist darauf bedacht gewesen, diese Lasten theils abzuschaffen, theils der Ablösung gegen Entschädigung des Berechtigten zu unterwerfen, theils die Neubegründung zu verbieten.

Rechtliche Natur der Reallasten.

2. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechtes sieht in den einzelnen Kategorieen nur verschiedene Erscheinungsformen des nämlichen Rechtsgedankens; sie hat für dieselben die gemeinsame Bezeichnung „Reallasten", und dieser Ausdruck ist meist auch der Gesetzgebung geläufig. Die Reallasten haben das mit einander gemein, daß sie den Eigenthümer eines Grundstückes zu wiederkehrenden Leistungen an eine bestimmte Person oder an den Eigenthümer eines anderen Grundstückes verpflichten. Im Uebrigen ist ihre rechtliche Natur

bestritten. Unter den Rechtslehrern ist die Meinung weit verbreitet, daß die Reallasten lediglich Obligationen sind, bei welchen der Verpflichtete durch das Eigenthum an einem Grundstücke bestimmt wird. Die Gesetzgebung indessen hat fast überall diese Auffassung abgelehnt. Nach einer anderen Meinung ist das Rechtsverhältniß, welches durch die Reallast begründet wird, ein dingliches. Die Vertreter dieser Meinung weichen aber in der Auffassung des Anspruches auf die einzelne Leistung darin von einander ab, daß einige für diesen Anspruch ein Forderungsrecht unterstellen, andere dagegen denselben ebenfalls für dinglich halten. Der Entwurf geht davon aus, daß die Reallasten nach ihrer geschichtlichen Entwickelung in den deutschen Staaten eine dingliche Belastung der Grundstücke darstellen, das Institut daher dem Sachenrechte angehört.

Mit Rücksicht auf den Inhalt der bestehenden Ablösungsgesetze muß aber, bevor auf die einzelnen Bestimmungen des Entwurfes einzugehen ist, vorerst die Frage erörtert werden, ob und wieweit überhaupt ein Bedürfniß für die reichsgesetzliche Regelung der Reallasten anerkannt werden kann.

A. Das Bedürfniß für die reichsgesetzliche Regelung der Reallasten.

I. Der Gang der Gesetzgebung in den Bundesstaaten[1]).

In den wissenschaftlichen Darstellungen des deutschen Privatrechtes werden Rentenkauf und Altentheil (Leibzucht, Auszug ꝛc.) als zweifellos geltende Rechtsinstitute behandelt. Im Uebrigen begegnet man sehr verschiedenen Ansichten darüber, ob vom Standpunkte des gemeinen Rechtes noch heute Reallasten begründet werden können. Die Theorieen, welche in dieser Hinsicht aufgestellt worden sind, müssen indessen hier auf sich beruhen, da die gestellte Frage im Wesentlichen durch die Landesgesetzgebung entschieden ist.

1. Nach dem preußischen Ges., betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc., v. 2. März 1850 Abschn. 2 § 6 sind „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften (Reallasten), ablösbar. Ausgeschlossen von der Ablösbarkeit nach den Bestimmungen dieses Gesetzes sind die öffentlichen Lasten mit Einschluß der Gemeindelasten, Gemeindeabgaben und Gemeindedienste, sowie der auf eine Deich- oder ähnliche Sozietät sich beziehenden Lasten, ferner Abgaben und Leistungen zur Erbauung oder Unterhaltung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude, wenn letztere nicht die Gegenleistung einer ablösbaren Reallast sind, in welchem Falle solche zugleich mit dieser abgelöst werden. Abgaben und Leistungen, welche den Gemeinden und den gedachten Sozietäten aus allgemeinen Rechtsverhältnissen, z. B. dem gutsherrlichen Verhältnisse, oder dem Zehntrechte zustehen, sind von der Ablösung nicht ausgeschlossen". Unter § 91 wird dann bestimmt, daß mit Ausnahme fester Geldrenten fortan Lasten, welche nach diesem Gesetze ablösbar sind, einem Grundstücke nicht auferlegt werden dürfen, daß aber auch neu auferlegte Geldrenten dem Ablösungsrechte

Preußen.

[1]) Hierzu Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechtes der Reallasten, 1879.

unterliegen und daß dieses Recht durch Vertrag nur für einen bestimmten Zeitraum und jedenfalls nicht über dreißig Jahre ausgeschlossen werden kann. Eine Ablösungsrente, d. h. eine im Wege des Auseinandersetzungsverfahrens an die Stelle einer Reallast oder einer Dienstbarkeit getretene Jahresrente kann nach dem Ges., betr. die Schließung der Geschäfte der Rentenbanken, v. 26. April 1858 § 3 nur seitens des Verpflichteten gekündigt werden. Die Ablösbarkeit bezieht sich übrigens nur auf beständige Lasten und Abgaben. Lasten, welche nicht diesen Karakter haben, also namentlich solche, welche an die Lebenszeit des Berechtigten geknüpft sind[1]), dürfen auch fernerhin einem Grundstücke auferlegt werden, ohne daß einem Betheiligten das Recht zustände, sie abzulösen.

In den Gebietstheilen, welche nach der Verkündung des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 der preußischen Monarchie hinzugetreten sind, hat die Gesetzgebung im Wesentlichen dieselbe Rechtslage hergestellt.

Hervorzuheben ist endlich noch der besondere Standpunkt des Ges., betr. die Beförderung deutscher Ansiedelungen in den Provinzen Westpreußen und Posen, v. 26. April 1886. Dasselbe gestattet in § 2 die Ueberlassung einzelner Stellen an Ansiedler zu Eigenthum gegen Kapital oder Rente und bestimmt dann unter § 3 Abs. 1: „Erfolgt die Ueberlassung der Stelle (§ 2) gegen Uebernahme einer festen Geldrente (Rentengut), so kann die Ablösbarkeit der letzteren von der Zustimmung beider Theile abhängig gemacht werden". Und der § 4 lautet: „Den festen Geldrenten sind gleich zu achten diejenigen festen Abgaben in Körnern, welche nach dem jährlichen, unter Anwendung der §§ 20—25 des Ablösungsgesetzes v. 2. März 1850 ermittelten Marktpreise in Geld abzuführen sind".

Bayern. 2. In Bayern sind durch das Ges., die Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten betr., v. 4. Juni 1848 die Frohnden, das Mortuarium, der Handlohn und der Zehnt theils aufgehoben, theils fixirt worden. Die Neubegründung solcher Lasten ist unstatthaft. Die fixirten Gefälle, die Grundlasten und die nach Maßgabe besonderer Gesetze den Grundstücken auferlegten Lasten unterliegen, mit Ausnahme der an gewisse Sozietäten zu leistenden Abgaben, der Ablösung seitens des Verpflichteten[2]). Reallasten, welche nicht unter die bezeichneten vier Kategorieen fallen, können auch gegenwärtig noch durch Rechtsgeschäft begründet werden[3]). Altentheil und Witthum werden in Bayern nicht zu den Reallasten gerechnet[4]).

Sachsen. 3. Nach dem sächsischen Gesetzbuche § 505 kann ein Grundstück, „soweit nicht ein Gesetz entgegensteht, in der Weise belastet werden, daß dessen Eigenthümer dem jedesmaligen Eigenthümer eines bestimmten anderen Grundstückes oder einer bestimmten Person etwas gebe oder

---

[1]) Vergl. § 836 des Entwurfes.

[2]) v. Roth, bayr. Civ. Recht §§ 172, 174, 175, 178. Zu den ablösbaren Reallasten gehört auch das Ewiggeld in München.

[3]) Nach dem bayr. Entw. III Art. 341 ist die Bestellung von Reallasten zulässig, „soweit sie nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen ist". Für die Zulässigkeit mit dieser Beschränkung namentlich v. Roth, bayr. Civ. Recht § 170 II.

[4]) v. Roth, a. a. O. § 169 Noten 35—37.

zu deren Vortheil etwas thue". Obschon hiernach auch jetzt noch die Bestellung von Reallasten im Allgemeinen als zulässig erscheint, so ist sie doch thatsächlich durch die Ablösungsgesetze erheblich eingeschränkt. Die Gesetzgebung hat in Sachsen, ähnlich wie in Preußen, nicht blos mit den alten Reallasten gründlich aufgeräumt, sondern auch die Neubegründung derjenigen Kategorieen, welche durch das Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt werden, ausgeschlossen bezw. erschwert. Nach dem Ges. v. 15. Mai 1851 § 10 sind regelmäßig alle auf dem Grund und Boden haftenden Lasten und Abgaben ablösbar. Nicht ablösbar sind solche wenn auch als Reallasten im Grundbuche eingetragene Leistungen, welche die Natur von Staats-, Kommunal- oder Parochiallasten haben oder den Berg- und Kohlenbau betreffen, ingleichen die durch Stiftungen für deren Zweck auf ein Grundstück fundirten Zinsen und Geldgefälle[1]). Im Uebrigen können Geldgefälle, und zwar auch bei der Veräußerung eines Grundstückes anstatt des Kaufgeldes oder eines Theiles desselben, wenn auch unter erschwerenden Formen, auf ein Grundstück gelegt, ihre Ablösung aber dem Eigenthümer desselben nicht verschränkt werden[2]). In der Praxis ist auch die Bestellung von Reallasten, bei welchen die Leistungen nicht Geld zum Gegenstande haben, für zulässig erklärt worden[3]). Als zweifellos noch in neuer Begründung vorkommend sind zu erwähnen die auf den Regalbergbau und den Kohlenbergbau bezüglichen Reallasten[4]), die von dem Eigenthümer eines Grundstückes, welches mit einer Dienstbarkeit belastet ist, in Verbindung mit der letzteren übernommene Verpflichtung zu einem Geben oder Thun, Geldgefälle, Ablösungsrenten und endlich die zum Theil den Hypotheken gleichgestellten drei Kategorieen Auszug, Leibrente und eisernes Kapital[5]).

Württemberg.

4. In Württemberg können nach dem Ges. v. 14. April 1848 Art. 1 neue Grundlasten einem Grundstücke nicht auferlegt werden. Die Ablösung der vorhandenen Reallasten ist nicht allgemein geregelt. Wohl aber sind einzelne Klassen derselben durch besondere Gesetze theils aufgehoben, theils der Zwangsablösung unterworfen worden[6]).

Baden.

5. Die badische Gesetzgebung über die Erbdienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten ist von praktischer Bedeutung nur noch für den alten Bestand an Reallasten, welche sämmtlich ablösbar sind. Die Neubegründung ist unstatthaft[7]). Gülten und Zinsen können zwar als Kaufpreis für ein Grundstück errichtet werden. Allein durch ein solches Geschäft wird nur der Käufer

---

[1]) Müller, die Reallasten ꝛc. (1878) S. 20 Note 30.

[2]) Gesetze v. 17. März 1832 § 54, v. 21. Juli 1846 § 17, v. 15. Mai 1851 §§ 26—29.

[3]) Entsch. des vormaligen Oberappellationsgerichtes in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. 24 Nr. 2 S. 350.

[4]) Ges. v. 16. Juni 1868 § 51.

[5]) Müller, Reallasten § 10.

[6]) Vergl. das II. Edikt v. 18. November 1817 und die Gesetze v. 27./29. Oktober 1836, v. 14. April 1848, v. 8. Juni 1849, v. 24. August 1849, v. 26. März 1862, v. 19. April 1865, v. 26. März 1873.

[7]) Bad. L. R. II Tit. 5 u. 6, Gesetze v. 5. Oktober 1820 und v. 10. April 1848; Bingner, bad. Civ. G. B. II, 6 Kap. 3.

verpflichtet; das Grundstück bleibt hiervon unberührt, sofern es nicht zur Hypothek eingesetzt wird. In dieser Hinsicht weicht das bad. L. R. von dem franz. G. B. Art. 530 nicht ab.

Hessen. 6. In dem Großherzogthume Hessen sind die Grundzinsen, Zehnten, Frohnden 2c. beseitigt. Als Reallast kommt nur noch die Leibzucht in Betracht[1]).

Mecklenburg. 7. Für Mecklenburg (Schwerin und Strelitz) sind Gesetze, welche die Ablösung der Reallasten regelten, nicht vorhanden. Es entscheidet mithin darüber, inwieweit die Neubegründung zulässig ist, das gemeine Recht. Die Hypothekengesetzgebung hat indessen die gemeinrechtlichen Vorschriften insoweit beseitigt, als gewisse Lasten nur durch Eintragung einer bestimmten Summe als Ultimat für den Fall der Zwangsversteigerung des Grundstückes dingliche Wirkung erlangen können[2]).

Oldenburg. 8. In Oldenburg ist durch das Staatsgrundgesetz v. 18. Februar 1849 Art. 59 und das Ablösungsgesetz v. 11. Februar 1851 Art. 18 wesentlich dieselbe Rechtslage hergestellt worden, wie in Preußen durch das Ges. v. 2. März 1850 § 91.

Weimar. 9. In Weimar ist nach dem Ablösungsgesetz v. 28. April 1869 § 38 die Neubegründung von Reallasten, welche das Gesetz für ablösbar erklärt, ausgeschlossen. Ablösbar aber sind im Wesentlichen alle privatrechtlichen Abgaben und Lasten, welche auf den Grundstücken haften.

Braunschweig. 10. Für Braunschweig bildet die Ablösbarkeit der Reallasten die Regel. Nicht ablösbar sind, außer den öffentlichrechtlichen Lasten, die Abgaben von Mühlen, Ziegeleien, Thon- und Mergelgruben 2c., sofern diese unter Bedingungen ausgethan sind, die zu der Bewirthschaftung des Hauptgutes in wesentlicher Beziehung stehen, sowie Abgaben, welche von Steinbrüchen zu entrichten oder bergrechtlichen Ursprunges sind. Dienste und Zehnten sollen fortan einem Grundstücke nicht auferlegt werden. Im Uebrigen sind Neubelastungen nicht unstatthaft, jedoch der Ablösung von vornherein unterworfen[3]).

Meiningen. 11. In Meiningen können nach dem Ablösungsgesetz v. 5. Mai 1850 Reallasten, welche das Gesetz für ablösbar erklärt, fernerhin nicht begründet werden. Als nicht ablösbar werden nur bezeichnet die Zehnten aus der Regalität und die auf dem Staats-, Gemeinde- und dem Schulverbande beruhenden Lasten. Auch wird anzunehmen sein, daß das Ablösungsgesetz die den nachbarlichen Verhältnissen angepaßten und die nur vorübergehenden Reallasten, wie Auszug und Witthum, nicht habe treffen wollen.

Altenburg 12. In Altenburg bestehen für die einzelnen Arten von Reallasten besondere Ablösungsgesetze. Nach dem Ges., die Ablösung der Frohndienste betr., v. 23. Mai 1837 §§ 50, 51 kann die Ablösbarkeit neuer Frohnden

---

[1]) Entsch. des vorm. Ober-Appell. Ger. Präj. 40.

[2]) Revid. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 § 5; revid. Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 2; Ges. über die Grund- u. Hypothekenbücher für den Privatbesitz in den schwerinschen Domänen v. 2. Januar 1854; strel. Dom. Hypoth. O. v. 24. Dezember 1872.

[3]) Ablösungs-O. v. 20. Dezember 1834 und Gesetze v. 13. April 1849, v. 3. August 1864 und v. 23. April 1867.

auf einen längeren Zeitraum als zwölf Jahre nicht ausgeschlossen werden. Hiervon abgesehen scheint die Gesetzgebung der Neubegründung von Reallasten bisher nicht besonders entgegengetreten zu sein, sondern unmittelbar nur die Beseitigung des alten Bestandes zu bezwecken.

Coburg-Gotha.

13. In Coburg-Gotha hat die Gesetzgebung die privatrechtlichen Reallasten für ablösbar erklärt und die Neubegründung derselben im Allgemeinen untersagt[1]). Zulässig scheint nur noch der Altentheil zu sein.

Anhalt.

14. Für Anhalt ist nicht ersichtlich, wie die Ablösungsgesetzgebung sich zu der Frage stellt, ob und welche Reallasten einem Grundstücke auferlegt werden können.

Rudolstadt.

15. Dasselbe ist für Rudolstadt zu bemerken[2]).

Sondershausen.

16. In Sondershausen sind nach dem Ges. v. 8. April 1850 alle Reallasten, mit Ausnahme der gemeinen und der auf Alimentationsverträgen beruhenden, ablösbar. Die Neubegründung ist nur insoweit gestattet, als die Dauer der Last auf länger als zehn Jahre nicht bestimmt und dem Verpflichteten eine für das Aufhören derselben zu leistende Entschädigung nicht auferlegt wird.

Reuß.

17. In Reuß ä. L. sind nach der Landesverfassung § 32 alle auf dem Grund und Boden haftenden privatrechtlichen Lasten und Abgaben der Ablösung unterworfen.

18. In Reuß j. L. ist die Rechtslage im Wesentlichen dieselbe wie in Altenburg.

Waldeck

19. In Waldeck und Pyrmont können nur noch feste Geldrenten und Alimentationsleistungen als Reallasten auf ein Grundstück gelegt werden. Die Renten sind nach dem Ges., betr. die Aufhebung der Geschlossenheit der Bauerngüter, v. 24. September 1851 § 26 ablösbar.

Lippe.

20. Für Lippe schreibt das Ablösungsges. v. 1838 vor, daß in Zukunft nur Geldrenten und Kornabgaben und zwar nur als ablösbare Reallasten bestellt werden dürfen. Die Belastung des Grundbesitzes mit anderen Reallasten ist der Privatverfügung nicht gestattet.

Bremen.

21. Die bremische Ablösungsordn. v. 5. Juli 1850 berührt die Zulässigkeit der Neubegründung von Reallasten nicht. Wie indessen glaubhaft bezeugt wird, ist die Errichtung einer solchen Last „in Bremen etwas völlig Unbekanntes, und es würde wohl zu bezweifeln sein, ob das Erbeamt sich bereit erklären würde, die nöthige gerichtliche Sanktion . . . dazu . . . zu ertheilen, zumal es an allen gesetzlichen Vorschriften darüber fehlt“[3]).

Lübeck.

22. In Lübeck giebt es keine Ablösungsgesetzgebung; man hat geglaubt, die Ablösung der freien Vereinbarung überlassen zu sollen. Sowohl die städtischen Renten als auch die bäuerlichen, aus dem gutsherrlichen Verbande hervorgegangenen Reallasten haben im Laufe der Zeit eine den Pfandposten sehr ähnliche Gestalt angenommen[4]).

---

[1]) Staatsgrundgesetz. § 56; Ablösungsgesetz. für Coburg v. 25. Januar 1849 für Gotha v. 5. November 1853.

[2]) Ablösungsgesetz. v. 27. April 1849 und v. 11. Januar 1856.

[3]) Post, brem. Privat. R. § 5.

[4]) Pauli, die sog. Wikboldsrenten ꝛc.

Hamburg.

23. Für Hamburg bestimmt das Ablösungsgef. v. 29. Juni 1849, daß unablösbare Renten oder immerwährende Grundmiethen künftig nicht ausbedungen werden dürfen, vielmehr bei Festsetzung einer solchen Abgabe die Ablösungssumme allemal gleichzeitig mit anzugeben und bei der Inskription mitaufzuführen ist. Dasselbe gilt nach dem Ablösungsgef. für Ritzebüttel v. 20. September 1849. Die Verordn. für Bergedorf v. 23./25. September 1850 schließt auch die Belastung des Grundbesitzes mit immerwährenden Diensten aus.

Die hamb. Ablösungsgesetze beziehen sich auf eine Reihe bestimmter Reallasten, wie solche sich gerade vorfanden. Die seit dem Ges. v. 29. Juni 1849 in die Hypothekenbücher eingetragenen Geldrenten (Rentepostен) sind nach dem Ges. über Grundeigenthum und Hypotheken v. 4. Dezember 1868 § 44, sofern nicht das Gegentheil erhellt, nur seitens des Grundeigenthümers ablösbar. Im Uebrigen bestimmt dieses Gesetz unter § 24: „Die Beschränkung des Benutzungsrechtes, namentlich auch durch Einräumung von Servituten, Altentheilen u. s. w., desgleichen die Belastung mit Deich-, Wege-, Brücken- und sonstigen Reallasten kann in einer dem Grundstücke anzulegenden Klausel anerkannt werden. Jedoch darf die Anlegung von Klauseln solchen Inhaltes nur mit Bewilligung derjenigen geschehen, zu deren Gunsten das Grundstück mit Hypothekposten belastet ist, sowie mit Zustimmung desjenigen, dessen Recht durch die Klausel anerkannt werden soll". Thatsächlich scheint indessen die Neubegründung solcher Reallasten nicht vorzukommen.

II. Der Standpunkt des Entwurfes.

a) Oeffentliche Lasten,

1. Bei der Frage, ob die Reallasten in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu regeln sind, scheiden die öffentlichen Lasten und Abgaben aus; was bezüglich ihrer reichsgesetzlich zu bestimmen ist, findet seine Stelle in dem Einführungsgesetze, bezw. in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke.

b) Privatrechtl Lasten Rücksicht auf die Gesetzgebung.

Was dagegen die privatrechtlichen Lasten betrifft, so muß die Reichsgesetzgebung mit dem sehr verschiedenen Rechtszustande rechnen, welchen die Gesetzgebung in den einzelnen Bundesstaaten herbeigeführt hat. In dieser Hinsicht lassen sich die oben gegebenen Mittheilungen dahin zusammenfassen:

In einigen Gebieten des Reiches sind die Reallasten gänzlich beseitigt; in anderen ist ihre Neubegründung verboten. Nur wenige Staaten haben es bei den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechtes belassen; die meisten sind im Wege der Gesetzgebung vorgegangen, so zwar, daß nur gewisse Reallasten neu begründet werden können. Das Institut kommt somit nicht lediglich in den überlieferten Rechten zur Erscheinung; vielmehr muß es, wenn auch in beschränktem Umfange, noch jetzt als eine lebende Einrichtung anerkannt werden. Hieraus folgt aber, daß die Reallasten in dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht einfach zu übergehen, sondern als ein sachenrechtliches Institut zu ordnen sind[1]).

auf neuere Bestrebungen.

In einer Zeit, in welcher beachtenswerthe Bestrebungen zur Wahrung der Interessen des ländlichen Grundbesitzes wiederholt und noch neuer-

[1]) Vergl. Fischer, preuß. Priv. R. § 46.

dings[1]) an die Gesetzgebung die Anforderung gestellt haben, die Belastung der Grundstücke auf das Institut der seitens des Berechtigten nicht kündbaren Renten zu beschränken, kann ein bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich sich der Regelung des Institutes der Reallast nicht entziehen, obgleich nicht zu bezweifeln ist, daß die gegenwärtige Kodifikation des Privatrechtes nicht mit wirthschaftlichen Fragen belastet werden darf, welche wegen der Schwierigkeiten, die sie bieten, der Spezialgesetzgebung vorzubehalten, zur Zeit auch noch nicht reif zur gesetzgeberischen Lösung sind.

Vorbehalt für d. Landesges.

2. Die Reichsgesetzgebung kann gegenüber dem bestehenden Rechtszustande nicht davon ausgehen, daß in Zukunft Reallasten jeden Inhaltes in allen deutschen Staaten sollten begründet werden dürfen. Die volkswirthschaftlichen Rücksichten, durch welche die Landesgesetzgebung bisher bestimmt worden ist, die Befugniß der Privaten zur Neuerrichtung von Reallasten auszuschließen oder einzuschränken, müssen ihr Gewicht behalten. Diese Rücksichten sind aber verschieden je nach der Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse, welche in den einzelnen Gebieten das praktische Bedürfniß bedingen. Die ihnen entsprechenden Vorschriften müssen deshalb mit dem sog. Agrarrechte, dem sie grundsätzlich angehören, der Landesgesetzgebung vorbehalten bleiben[2]). Für die nähere Bestimmung dieses Vorbehaltes kommen zwei Wege in Betracht.

a) Man kann reichsgesetzlich einen begrenzten Inhalt der Reallasten, etwa die feste Geldrente und vielleicht noch einige andere Kategorieen (Altentheil 2c.), bestimmen und daneben die Landesgesetze aufrecht erhalten, welche einen weiteren Inhalt zulassen. Die Folge hiervon wäre die, daß die reichsgesetzlich vorgesehenen Reallasten auch da eingeführt würden, wo sie bisher nicht begründet werden konnten. Dies erscheint aber nicht rathsam, weil in den Gebieten, welche von der Neuerung betroffen würden, ein Bedürfniß für dieselbe kaum vorhanden ist, vielleicht sogar schwerwiegende Gründe volkswirthschaftlicher Natur gegen eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes sprechen. Nun ließe sich freilich diesem Zustande die wünschenswerthe Erhaltung dadurch verbürgen, daß die Landesgesetzgebung ermächtigt würde, auch die reichsgesetzlichen Reallasten abzulehnen. Allein hiermit wäre ein zwiefacher Uebelstand verbunden, einmal der, daß die Landesgesetzgebung genöthigt würde, thätig zu werden, sodann der, daß man ein Reichsrecht erhielte, dem das Landesrecht vorginge.

b) Es kann aber auch das Verhältniß so geregelt werden, daß reichsgesetzlich keinerlei Beschränkung des Institutes vorgeschrieben wird, dagegen die Landesgesetze in Kraft bleiben, welche die Begründung von Reallasten ausschließen oder beschränken, insbesondere nur gewisse Reallasten und auch diese nur mit Beschränkungen zulassen[3]). Man erreicht hierdurch das Ziel, daß der

---

[1]) Vergl. z. B. die in der 12. Generalversammlung der Vereinigung der Steuer- und Wirthschaftsreformer am 28. Februar 1887 beschlossene Resolution und das derselben zu Grunde liegende Referat des Landrichters Bünger (Berlin 1887; Allgem. Verlags-Agentur).

[2]) Anm. d zur Ueberschrift des dritten Buches des Entwurfes.

[3]) Anm. 1 zur Ueberschrift dieses Abschnittes des Entwurfes.

bestehende Rechtszustand einfach aufrecht erhalten wird. Diese Lösung erscheint um so mehr gerechtfertigt, als jener Zustand jeder anderen als aus volkswirthschaftlichen Gründen erfolgenden Aenderung widerstrebt, diesen Gründen aber bei einer allgemeinen Entscheidung der Frage, ob und welche Reallasten in den verschiedenen Gebieten des Reiches zugelassen werden sollen, nicht gebührend Rechnung getragen werden könnte. Der Entwurf verzichtet deshalb, ähnlich wie bei den Grunddienstbarkeiten[1]), auf diese Entscheidung, so zwar, daß er nur die landesrechtlich anerkannten bezw. nicht ausgeschlossenen Reallasten regelt. Der demgemäß erforderliche Vorbehalt für die Landesgesetzgebung gehört in das Einführungsgesetz.

Ablösung der Reallasten.

3. Der Entwurf geht davon aus, daß dieser Vorbehalt auch auf die Ablösungsfrage zu erstrecken ist. Wenn freilich der unter a) gewürdigte Standpunkt eingenommen und gewisse Reallasten, namentlich die feste Geldrente, reichsgesetzlich eingeführt würden, so läge es nahe, auch eine zeitliche Begrenzung des Rechtsverhältnisses und zu dem Ende die gesetzliche Ablösbarkeit dieser Lasten vorzuschreiben. Aber die reichsgesetzliche Regelung der Ablösbarkeit könnte doch immer nur dann angemessen erscheinen, wenn sie ohne Vorbehalt zu Gunsten landesrechtlicher Abweichungen einträte, da sonst ein Reichsrecht von nur subsidiärer Geltung entstände. Ein Vorgehen der Reichsgesetzgebung in diesem Sinne empfiehlt sich indessen nicht, da für die Zulassung unablöslicher und zwar sowohl zu Gunsten des Verpflichteten als auch zu Gunsten des Berechtigten unablöslicher Geldrenten Gründe volkswirthschaftlicher Natur geltend gemacht werden, welche nicht vom juristischen, sondern vom Standpunkte des in den einzelnen Bundesstaaten sich verschieden gestaltenden Bedürfnisses zu würdigen sind. Auch die Ermittelung des Verhältnisses von Kapital und Rente würde nach wirthschaftlichen Rücksichten, welche nach Ort und Zeit verschieden sind, sich richten müssen und insbesondere bei den nicht in Geldrenten bestehenden Reallasten eine so verwickelte und alle örtlichen Verhältnisse hineinziehende Sachuntersuchung voraussetzen, daß man an eine Regelung von Reichswegen nicht denken kann. Die Regelung der kraft des Gesetzes erfolgenden Ablösung ist daher, wie bei den Dienstbarkeiten, der Landesgesetzgebung zu überlassen[2]).

Was dagegen die rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Ablösung anlangt, so wird ihre Wirkung schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ergeben. Es kann sich allerdings fragen, ob nicht Rechtsregeln dispositiver Natur sich empfehlen, welche die Wirkung einer in den dinglichen Vertrag aufzunehmenden allgemeinen Vereinbarung der Ablösbarkeit bestimmen. Allein diese Frage muß verneint werden, da ein Bedürfniß für ihre Bejahung nicht erweisbar ist und bei der Verschiedenartigkeit der Verhältnisse die Bestimmung der Ablösungsbedingungen besser der Vertragsthätigkeit der Betheiligten bezw. der Landesgesetzgebung, welche schon bisher in manchen Staaten die vertragsmäßige Festsetzung gewisser Ablösungsbedingungen zur Voraussetzung der Neubegründung von Reallasten gemacht hat, überlassen bleibt.

---

[1]) Anm. zur Ueberschrift des ersten Titels in dem siebenten Abschnitte des Entwurfes.

[2]) Vergl. die beiden vorigen Anmerkungen.

B. Die in dem Gesetzbuche zu regelnden Punkte.

1. Begriff und Entstehung der Reallast.

a) Im Allgemeinen.

§ 1051.

Die Einleitung dieses Abschnittes mit einem Satze, durch welchen die Belastung eines Grundstückes mit einer Reallast formell zugelassen wird, entspricht der bei den übrigen dinglichen Belastungen von dem Entwurfe befolgten Methode[1]). Die materielle Bedeutung des § 1051 liegt in der Bestimmung des Begriffes der Reallast und in der hieraus sich ergebenden Entscheidung darüber, wie eine solche Last zur Entstehung gelangt.

1. Die Begriffsbestimmung beruht auf folgenden Erwägungen: 1. Begriffselemente.

a) Die Reallast verpflichtet den Eigenthümer eines Grundstückes zu wiederkehrenden Leistungen an den Berechtigten. Dies ist nach dem geltenden Rechte nicht zweifelhaft[2]). a) Die persönliche Seite.

α. Die Person des Verpflichteten ist mit den in dem Begründungsakte bezeichneten Grundstücke von selbst gegeben. Die Verpflichtung trifft den jeweiligen Eigenthümer ohne Rücksicht darauf, wie derselbe das Grundstück erworben hat. α. Die Person des Verpflichteten.

β. Die Person des Berechtigten kann in sich oder durch das Eigenthum an einem Grundstücke bestimmt sein. In dem letzteren Falle hat der Eigenthümer des belasteten Grundstückes an den jeweiligen Eigenthümer des anderen Grundstückes zu leisten. Diese Verknüpfung des Rechtes mit dem Eigenthume an einem Grundstücke[3]) kommt bei den überlieferten Reallasten sehr häufig vor. Es kann ihr aber auch für die Zukunft die praktische Bedeutung nicht abgesprochen werden. Die volkswirthschaftlichen Bestrebungen der Gegenwart richten sich vielfach gerade auf die Zulassung solcher subjektiv-dinglicher Reallasten. Vielleicht wird das Rechtsinstitut vornehmlich in dieser Gestaltung seine Lebensfähigkeit bethätigen. Es erscheint daher rathsam, im Einklange mit dem sächs. G. B. § 505 und dem bayr. Entw. III Art. 341 ausdrücklich auszusprechen, daß die Reallast auch zu Gunsten des Eigenthümers eines Grundstückes bestellt werden kann. β. Die Person des Berechtigten.

Bei dieser Kategorie gebühren in dem Falle, wenn das Grundstück, mit dessen Eigenthume die Berechtigung verbunden ist, veräußert wird, die vor der Veräußerung fällig gewordenen Leistungen dem Veräußerer. Für das Verhältniß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ergiebt sich dies aus dem § 794 Ziff. 3. In Frage kommt, ob dasselbe auch für das Verhältniß dieser beiden zu dritten Personen, namentlich zu dem Leistungspflichtigen, gelten muß. Für den Fall des Nießbrauches bedurfte es in dieser Hinsicht mit Rücksicht darauf, daß das nutzbare Recht auf den Nießbraucher nicht übertragen wird, der besonderen Bestimmung des § 1025, um klarzustellen,

---

[1]) Vergl. die §§ 952, 961, 966, 980, 1044, 1062, 1135, 1145.

[2]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 284; Dernburg, preuß. Priv. R. I § 305.

[3]) Vergl. § 788 des Entwurfes.

inwieweit Ansprüche gegen einen Dritten, welche zu den Nutzungen des Rechtes gehören, dem Nießbraucher ohne Abtretung erworben worden. Wenn aber das nutzbare Recht, wie bei der Reallast, im Ganzen übertragen wird, so kann kaum ein Zweifel bestehen, daß das innere, durch § 794 geregelte Verhältniß auch nach Außen in Ansehung der zu den Nutzungen des übertragenen Rechtes gehörenden Ansprüche maßgebend sein muß, da anzunehmen ist, daß die Betheiligten die Wirkung der Abtretung in dem Umfange gewollt haben, wie solche ihrem inneren Verhältnisse nach § 794 entspricht. Das Gleiche hat auch im Falle einer Uebertragung durch Gesetz bezüglich der Absicht des Gesetzes zu gelten. Ob nun bei der Reallast die Berechtigung als Bestandtheil eines Grundstückes mit dem Eigenthume übergeht oder für sich allein übertragen wird, kann einen Unterschied nicht machen. Daß bei einzelnen qualifizirten Reallasten Besonderheiten vorkommen können, braucht hier nicht berücksichtigt zu werden; es muß vielmehr dahingestellt bleiben, welche abweichenden Folgerungen für die Entscheidung der vorliegenden Frage aus einer besonderen Qualifikation der Reallast sich ergeben. Zu einer positiven Vorschrift fehlt das Bedürfniß.

γ. Wiederkehr der Leistung.

γ. Die Leistungen, zu welchen die Reallast den Eigenthümer des belasteten Grundstückes verpflichtet, müssen sich von Zeit zu Zeit wiederholen. Leistungen, welche nicht als wiederkehrende angesehen werden können, sind von dem Begriffe der Reallast ausgeschlossen. Die Belastung eines Grundstückes mit einer derartigen Leistung fällt in das Gebiet der Hypothek, insbesondere der Kautionshypothek. Hierüber besteht im Allgemeinen nach dem geltenden Rechte kein Zweifel. Ob die Leistungen regelmäßig oder unregelmäßig wiederkehren, ist für den Begriff der Reallast gleichgültig. Wenn daher das braunschw. Gesetz über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 § 19 die Haftung des Eigenthümers „für rückständige Renten und andere zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Abgaben und Leistungen" ꝛc. vorschreibt, so erschöpft es hierdurch diesen Begriff nicht. Auch würde es zur Verdeutlichung desselben kaum beitragen, wenn man nach dem Vorgange des bayr. Entw. von periodisch wiederkehrenden Leistungen sprechen wollte. Für die Begriffsbestimmung genügt es, die Leistungen schlechthin als wiederkehrende zu bezeichnen.

b) Die dingliche Seite

b) Die Reallast enthält eine Belastung des Grundstückes, mit dessen Eigenthume die Leistungspflicht verbunden ist. Hierbei kann an eine Haftung des Grundstückes sowohl für die Last als Ganzes als auch für die einzelnen, von dem Eigenthümer zu entrichtenden Leistungen gedacht werden.

α. Die Reallast als Ganzes.

α. Durch die Annahme einer Haftung des Grundstückes für die Reallast als Ganzes erklärt sich in einfacher Weise der im Falle der Veräußerung des Grundstückes sich vollziehende Uebergang der Last auf den neuen Eigenthümer. Im Uebrigen läßt sich aus dieser Haftung die Folgerung ziehen, daß, wenn die Reallast im Wege der Ablösung oder des rechtlichen Zwanges aufgehoben wird, der Berechtigte verlangen kann, wegen des Kapitalwerthes der Berechtigung aus dem Grundstücke bezw. dem an dessen Stelle tretenden Geldbetrage befriedigt zu werden. Das bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch hierauf bezügliche Vorschriften nicht zu geben.

Was zunächst die Ablösung anlangt, so steht es der Landesgesetzgebung frei, die Haftung des Grundstückes für die Verpflichtung des Eigenthümers zur Zahlung des Ablösungskapitales an den Berechtigten in gleicher Weise wie für die Verpflichtung zur Entrichtung der wiederkehrenden Leistungen vorzuschreiben. Ebenso ist es, wenn die Reallast künftig durch Vertrag begründet wird, den Vertragschließenden unbenommen, das nämliche Ergebniß durch entsprechende Operationen bei dem Grundbuche herbeizuführen. Eine allgemeine Bestimmung über die Haftung des Grundstückes für das Ablösungskapital könnte nur zu Mißverständnissen führen, wenn nicht zugleich klargestellt würde, was unter Ablösungskapital zu verstehen wäre. Dies kann aber in dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht geschehen, weil das Recht der Ablösungen der Landesgesetzgebung vorbehalten bleibt. Ablösung.

Von den übrigen Fällen scheiden diejenigen, in welchen ein Grundstück zwangsweise enteignet oder ein Theil von ihm auf Grund eines Unschädlichkeitsgesetzes frei von Lasten im Grundbuche abgeschrieben wird, hier um deswillen aus, weil sowohl die Enteignung als auch die lastenfreie Abschreibung von der Regelung durch das bürgerliche Gesetzbuch ausgeschlossen ist[1]). Die Frage endlich, inwiefern durch die Zwangsversteigerung eines Grundstückes dessen Reallasten erlöschen und für eine erlöschende Last der Erlös an die Stelle des Grundstückes tritt, wird in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen entschieden werden[2]). Enteignung ꝛc.

β. Die Haftung des Grundstückes für die wiederkehrenden Leistungen, zu welchen die Reallast den Eigenthümer desselben verpflichtet, namentlich auch für die Rückstände, welche ein früherer Eigenthümer unberichtigt gelassen hat, ist fast überall, wo es Reallasten giebt, insbesondere in Preußen[3]), Sachsen[4]), Mecklenburg[5]) geltendes Recht[6]). Ausdrücklich ausgeschlossen ist sie anscheinend nur in Baden[7]). Bestritten wird sie für Württemberg[8]) und als Regel auch für Bayern[9]). β. Die einzelnen Leistungen.

---

[1]) Anm. I f. zur Ueberschrift dieses Buches des Entwurfes und II zu § 787.

[2]) Anm. a zur Ueberschrift des dritten Abschn.

[3]) Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§ 51, 52; Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., v. 13. Juli 1883 § 29.

[4]) Sächs. G. B. §§ 510, 511.

[5]) Verordn., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 24. Mai 1879 § 62.

[6]) Vergl. die Gesetze, betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm. ꝛc., für Weimar § 63, Oldenburg Art. 64, Braunschweig § 79, Coburg-Gotha § 28, Meiningen § 26, Reuß j. L. § 48, Lübeck § 28, Hamburg § 12.

[7]) Bad. L. R. Satz 710 f, h.

[8]) v. Wächter, württemb. Priv. R. 1 S. 622 und 2 S. 373; Lang, württemb. Sachenr. 2 § 132. Für die Haftung des Grundstückes Reyscher, württemb. Priv. R. § 255 Note 8. Vergl. auch das Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 18. August 1879 Art. 22.

[9]) v. Roth, bayr. Civ. R. §§ 169, 171 und deutsches Priv. R. § 28 Note 15, § 286 Noten 10, 13. Siehe aber auch das Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm. ꝛc., v. 23. Februar 1879 Art. 108 und 109.

Haftung des Grundstückes für Rückstände.

Die Reichsgesetzgebung darf sich nicht darauf beschränken, dem Berechtigten lediglich persönliche Ansprüche gegen den jeweiligen Eigenthümer des belasteten Grundstückes zuzugestehen. Wäre das Rechtsverhältniß als ein rein obligatorisches zu gestalten, so bestände an seiner Regelung in dem bürgerlichen Gesetzbuche schwerlich ein praktisches Interesse. Die Zwecke, welche die Zulassung der Neubegründung von Reallasten verfolgt, lassen sich nur erreichen, wenn das Verhältniß so geordnet wird, daß das Grundstück für die einzelnen Leistungen dem Berechtigten haftet. Die juristische Konstruktion dieser Haftung vom Standpunkte des geltenden Rechtes ist freilich nicht ohne Schwierigkeiten. In der Theorie und Praxis sind sehr verschiedene Auffassungen hervorgetreten[1]). Allein die Schwierigkeiten stehen einer angemessenen Regelung der Haftung des Grundstückes nicht entgegen. Man darf nur nicht übersehen, das ein praktisches Bedürfniß für die dingliche Sicherung des Berechtigten, so dringend es sich auch geltend macht, doch nur insoweit vorhanden ist, als ein Anspruch auf die einzelne Leistung gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstückes anerkannt werden muß. Dieser Anspruch hat im Wesentlichen dieselbe wirthschaftliche Bedeutung wie der Anspruch auf rückständige Hypothekenzinsen. Es rechtfertigt sich daher, die Vorschriften, welche für die letzteren maßgebend sind, auch auf die Haftung des Grundstückes für Rückstände aus der Reallast zur Anwendung zu bringen. Die rechtliche Natur der Last im Ganzen wird hierdurch nicht verändert; derselben verbleibt der Karakter einer selbständigen, d. h. von einem persönlichen Rechte unabhängigen Belastung des Grundstückes, durch welche die Verpflichtung des Eigenthümers desselben zu den während der Dauer seines Eigenthumes fällig werdenden Leistungen begründet wird.

Analogie der Hypothekenzinsen.

Derelikton des Grundstückes.

Fraglich kann vielleicht sein, ob bei dieser Regelung das Interesse des Berechtigten auch dann genügend gesichert ist, wenn das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer aufgegeben wird. Nach § 872 Abs. 3 kann der Berechtigte in diesem Falle die gerichtliche Bestellung eines Vertreters erwirken, welchem bis zur Eintragung eines neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der aus dem Eigenthume sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen obliegt. Aber selbst wenn man bezweifeln wollte, ob der Reallastberechtigte auf diesem Wege eine Unterbrechung seines Rechtes auf die einzelnen Leistungen abwenden kann, weil mit dem Eigenthume in der Zwischenzeit die Vorbedingung für die Entstehung der Verpflichtung in Ansehung der fällig werdenden Leistungen fehlt, so ist doch eher diese Konsequenz hinzunehmen, als eine kasuistische Bestimmung für einen Fall zu treffen, der nur höchst selten sich zutragen wird.

Zeitliche Begrenzung der Haftung.

Die nach dem geltenden Rechte sich aufdrängende Frage, ob es nöthig ist, den dinglichen Anspruch auf die einzelne Leistung zu Gunsten eines nach deren Fälligkeit eintretenden Eigenthümers oder eines nachstehenden Berechtigten zeitlich zu begrenzen, kann nicht wohl anders entschieden werden als für den Anspruch auf rückständige Hypothekenzinsen; sie erledigt sich mithin an dieser Stelle dadurch, daß die Vorschriften, nach welchen sich die Haftung des Grund-

---

[1]) Wegen der preußischen Praxis siehe Koch, A. L. R. I, 19 § 1, 8. Aufl. Bd. 2 S. 714.

stückes für die Hypothekenzinsen bestimmt[1]), auch auf die wiederkehrenden Leistungen bei der Reallast für anwendbar erklärt werden.

2. Begründung einer Reallast.

2. Die Begründung einer Reallast stellt sich nach § 1051 als Belastung eines Grundstückes dar; sie erfolgt daher gemäß § 828 durch Vertrag und Eintragung in das Grundbuch[2]).

Ob und inwiefern im Wege des agrarrechtlichen Auseinandersetzungs- bezw. Ablösungsverfahrens Reallasten begründet werden können, bestimmt sich nach den Landesgesetzen[3]).

Von einer Erwerbung durch das Gesetz schweigt der Entwurf hier aus denselben Gründen wie bei dem Eigenthume[4]).

Die Entstehung von Reallasten durch Ersitzung ist schon nach dem geltenden Rechte fast ohne praktische Bedeutung[5]). Mit dem Grundbuchrechte des Entwurfes ist sie nicht vereinbar[6]), und daß ihr die Richtung widerstrebt, welche die Agrargesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten eingeschlagen hat, ist nicht zweifelhaft. Sie kann nur noch für die überlieferten Reallasten nach näherer Bestimmung des Einführungsgesetzes in Betracht kommen. Von der Regelung durch das bürgerliche Gesetzbuch muß sie, nachdem die Erwerbung von Eigenthum und Dienstbarkeiten an Grundstücken durch Ersitzung abgelehnt ist, ausgeschlossen bleiben.

b) Begrenzung des Inhaltes der Reallast.

§ 1052.

Abgrenzung gegen Dienstbarkeiten.

Der Entwurf enthält sich einer positiven Bestimmung darüber, welchen Inhalt die Leistungen bei einer Reallast annehmen können. Nach § 206 kann eine Leistung nicht blos in einem Thun, sondern auch in einem Unterlassen bestehen. Eine Leistungspflicht aber, welche auf ein Unterlassen gerichtet ist, darf als Reallast einem Grundstücke nicht auferlegt werden, weil hiermit in der Gestalt einer solchen Belastung Rechte geschaffen würden, welche den gleichen Inhalt hätten wie Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Vielleicht läßt sich schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Folgerung herleiten, daß die für die Bestellung der Dienstbarkeiten festgesetzten Grenzen nicht dadurch überschritten werden können, daß der Dienstbarkeit von den Betheiligten die Gestaltung der Reallast gegeben wird. Indessen erscheint es doch gerathen, den möglichen Zweifeln an der Richtigkeit dieser Folgerung entgegenzutreten und die beiden Institute dergestalt gegen einander abzugrenzen, daß ein Hinübergreifen des einen in das Gebiet des anderen ausgeschlossen bleibt.

---

[1]) Abschn. III S. 151—153.
[2]) Oben S. 170.
[3]) Anm. d zur Ueberschrift dieses Buches des Entwurfes.
[4]) Oben S. 305.
[5]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 285 Note 9.
[6]) Vergl. oben S. 170, 307, 308.

c) Unſtatthaftigkeit der Belaſtung eines Bruchtheiles des Grundſtückes mit einer Reallaſt.

§ 1053.

Der Entwurf beſchränkt unter § 1053 den Gegenſtand der Reallaſten dadurch, daß er die Belaſtung eines Bruchtheiles der Sache ausſchließt. Die Vorſchrift trifft nicht blos das Miteigenthum, ſondern auch das Alleineigenthum, da auch bei dieſem Bruchtheile des ganzen Grundſtückes gedacht werden können.

Bruchtheil bei a) Miteigenthum,

1. Der Antheil eines Miteigenthümers ſteht, was die Dauer des Rechtes anlangt, nicht auf gleicher Linie mit dem Grundſtücke und dem Eigenthume an demſelben. Die Gemeinſchaft der Miteigenthümer kann von dem Geſetzgeber nur als ein vorübergehendes, der Löſung zuſtrebendes Verhältniß behandelt werden. Wenn daher in Konſequenz des § 948 die Beſtellung einer Reallaſt an dem Antheile eines Miteigenthümers zugelaſſen würde, ſo müßte zugleich der Fall einer Aufhebung der Gemeinſchaft berückſichtigt werden. Das Geſetz hätte alſo auch mit der Möglichkeit, daß an die Stelle des Antheiles an dem Grundſtücke der aus der Theilung auf den Antheilsberechtigten entfallende Geldbetrag träte[1]), zu rechnen und namentlich die Verwendung des Surrogates zu regeln. Dieſe Regelung würde aber mit vielen Verwickelungen und Schwierigkeiten verbunden ſein. Sie iſt daher im Intereſſe der Einfachheit des Geſetzes um ſo mehr zu vermeiden, als die Zulaſſung der Antheilsbelaſtung für das Gebiet der Reallaſten faſt jeder praktiſchen Bedeutung entbehren würde.

b) Alleineigenthum.

2. Die Frage, ob ein Bruchtheil eines Grundſtückes, welches nicht im Miteigenthume ſteht, ſelbſtändig belaſtet werden kann, muß in Anſehung der Reallaſten verneint werden. Dieſe Entſcheidung ſteht mit den Beſtimmungen für die übrigen Belaſtungen[2]), mit Ausnahme des Nießbrauches[3]), im Einklange; ſie iſt um ſo angemeſſener, als ein praktiſches Intereſſe an der Bejahung der Frage hier noch viel ferner liegt als im Falle des Miteigenthumes.

d) Ergänzung der Eintragung durch den Inhalt der Eintragungsbewilligung.

§ 1054.

Die Reallaſt kann, da ihr Inhalt in dem Entwurfe nicht beſtimmt wird, einen ſehr verſchiedenen, mitunter recht verwickelten Inhalt haben, z. B. dann, wenn ins Einzelne gehende Vereinbarungen über die Ablöſung getroffen ſind. Wollte man es gleichwohl bei der Konſequenz des § 828 Abſ. 1 in Anſehung der Eintragung belaſſen, ſo wäre zu beſorgen, daß die Reallaſten das Grundbuch in einem Umfange beſchwerten, der die Ueberſichtlichkeit gefährdete und

---

[1]) Vergl. § 769.
[2]) Siehe die §§ 953, 961, 968, 1045, 1063, 1136.
[3]) § 981. Vergl. § 1146.

mit ihrer praktischen Bedeutung in keinem Verhältnisse stände. Es rechtfertigt sich deshalb, das Eintragungsprinzip hier ebenso wie bei dem Erbbaurechte[1]) und anderen dinglichen Rechten[2]) in der Weise einzuschränken, daß bei der Eintragung in das Grundbuch zur näheren Bezeichnung des Inhaltes des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.

2. Ansprüche des Berechtigten.

a) Dingliche Ansprüche.

§ 1055.

Die Reallast begründet nach § 1051 für den Berechtigten den Anspruch auf Beitreibung der rückständigen Leistungen aus dem Grundstücke nach Maßgabe der für den dinglichen Anspruch wegen fälliger Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften Aus ihrer dinglichen Natur ergiebt sich aber ferner, daß, wenn im Uebrigen das Recht beeinträchtigt wird, dem Berechtigten gegen denjenigen, welcher die Beeinträchtigung bewirkt hat, ein Anspruch auf Wiederaufhebung derselben bezw. auf Schutz gegen weitere Beeinträchtigungen zustehen muß[3]). Dieser Anspruch steht in seinem Grunde und Zwecke auf gleicher Linie mit dem in den §§ 943, 944 näher bestimmten negatorischen Anspruche des Eigenthümers. Er braucht daher nicht besonders geregelt zu werden. Seine Regelung erfolgt vielmehr zweckmäßig dadurch, daß die entsprechende Anwendung der gedachten Paragraphen auf den Fall der Reallast vorgeschrieben wird[4]).

b) Persönlicher Anspruch gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstückes.

§ 1056.

Anspr. wegen der einzelnen Leistungen:

Der Berechtigte hat wegen der wiederkehrenden Leistungen aus der Reallast nach § 1051 einen persönlichen Anspruch gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstückes. Dieser Anspruch kann, weil er aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses hervorgeht, durch den Begründungsvertrag nicht ausgeschlossen werden. Die Frage, ob es überhaupt zulässig ist, ein Schuldverhältniß mit der Abschwächung zu begründen, daß der Verpflichtete nur mit einem Theile seines Vermögens, namentlich nur mit einem bestimmten Grundstücke haftet, wird im Allgemeinen von dem Entwurfe nicht entschieden. Eine Entscheidung für den vorliegenden Fall aber erscheint beim Mangel eines praktischen Bedürfnisses nicht rathsam. Dagegen sind einige andere Punkte, welche den persönlichen Anspruch aus der Reallast betreffen, durch das Gesetzbuch klarzustellen.

---

[1]) § 962 Abs. 2 Satz 2.

[2]) §§ 969, 982, 1048, 1064.

[3]) Anerkannt von dem vormaligen Ob. Trib. in Berlin durch Plenarbeschl. v. 8. Januar 1855, Entsch. 29 S. 301.

[4]) Vergl. §§ 964, 978, 1017, 1048, 1084 Abs. 1.

1. bei Veräußerung des belaſteten Grundſtückes

1. Wenn das Grundſtück von dem bisherigen Eigenthümer veräußert wird, ſo fragt es ſich, welchen Einfluß die Veräußerung auf den Anſpruch des Berechtigten haben ſoll. Nach dem geltenden Rechte iſt es nicht ganz klar, ob die perſönliche Haftung des Veräußerers und des Erwerbers durch den Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges (pro rata temporis) oder durch den Zeitpunkt der Fälligkeit der einzelnen Leiſtung zu begrenzen iſt[1]). Das preuß. Recht ſcheint im Sinne der letzteren Alternative aufgefaßt werden zu müſſen[2]). Vom Standpunkte des Entwurfes iſt nur dieſe Auffaſſung annehmbar.

a) gegen den Erwerber,

a) Nach § 795 hat der Veräußerer gegenüber dem Erwerber die Verpflichtung, die gegen ihn, d. h. während er Eigenthümer war, fällig gewordenen Leiſtungen zu bewirken. Hiermit muß auch das Verhältniß nach Außen in Einklang geſetzt werden da Gründe für eine abweichende Normirung nicht vorliegen. Der jedesmalige Eigenthümer haftet alſo dem Berechtigten nur für die während der Dauer ſeines Eigenthumes fällig werdenden Leiſtungen perſönlich (Abſ. 1 Satz 1).

b) gegen den Veräußerer;

b) Die einmal begründete Haftung wird dadurch nicht beſeitigt, daß der Verpflichtete aufhört, Eigenthümer zu ſein. Auch dies muß in dem Geſetzbuche beſtimmt werden, um den Zweifeln vorzubeugen, welche aus der Verknüpfung der Leiſtungspflicht mit dem Eigenthume des belaſteten Grundſtückes ſich ergeben könnten (Abſ. 1 Satz 2).

2. mehrere Berechtigte.

2. Wenn dem Berechtigten mehrere Verpflichtete gegenüberſtehen, ſo fragt es ſich, ob ſie der Regel des § 320 gemäß nach Köpfen oder aber als Geſammtſchuldner haften ſollen.

a) Für den Fall, daß die Verpflichteten Miteigenthümer des belaſteten Grundſtückes ſind, iſt zu einer Abweichung von der Regel des § 320 kein Grund vorhanden, und zwar auch dann nicht, wenn das Miteigenthumsverhältniß erſt nach Eintragung der Reallaſt entſtanden iſt.

b) Daſſelbe muß in dem Falle gelten, wenn mehrere Grundſtücke mit einer Reallaſt beſchwert worden ſind. Der Grund iſt, daß die Betheiligten die Konſequenzen aus der Regel des § 320 kennen mußten und, wenn ſie dieſelben nicht wollten, ihr Intereſſe in der zuläſſigen Weiſe wahren konnten. Es macht auch keinen Unterſchied, ob die Grundſtücke bei ihrer Belaſtung ſich in einer Hand befunden haben oder nicht. Denn wenn Erſteres der Fall war, ſo durfte doch der Berechtigte auf ein Zuſammenbleiben der rechtlich nicht zuſammengehörigen Grundſtücke nicht rechnen.

c) Nur in dem Falle, wenn das belaſtete Grundſtück in mehrere ſelbſtändige Grundſtücke getheilt wird, erſcheint eine Theilung der Schuld unter die verſchiedenen Eigenthümer nach Köpfen gegenüber dem Berechtigten unbillig. Ein anderer Theilungsmaßſtab fehlt aber. Es muß deshalb, um der Billigkeit zu genügen, die Solidarhaft der Theileigenthümer vorgeſchrieben werden (Abſ. 2).

---

[1]) Vergl. v. Roth, deutſches Priv. R. §§ 286, 287; preuß. A. L. R. I, 18 § 703; ſächſ. G. B. § 510.

[2]) Erk. des vorm. Ob. Trib. v. 11. Oktober 1853, Entſch 26 S. 310; Urth. des R. G. v. 12. Januar 1880, Gruchot 24 S. 1012; Dernburg 1 § 308. Vergl. auch den bayr. Entw. III Art. 343.

3. Veräußerung und Belastung des Rechtes.

a) Die zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstückes bestehende Reallast.

α. Untrennbarkeit des Rechtes von diesem Grundstücke.

§ 1057.

Bei den Reallasten tritt wie bei anderen dinglichen Rechten an den Gesetzgeber die Frage heran, ob bezw. in welchem Umfange die Veräußerung und Belastung des Rechtes zugelassen werden soll. Die Frage wird von dem § 1057 in Ansehung derjenigen Reallast entschieden, welche zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstückes besteht. In dem gemeinen Rechte fehlt, wie es scheint, eine allgemeine und grundsätzliche Entscheidung. Nach dem preuß. A. L. R. I, 19 § 22 ist die Uebertragung zulässig, es sei denn, daß das Recht nur „zur Nothdurft" des Grundstückes bewilligt worden ist. Geht man freilich auf den geschichtlichen Ursprung der subjektiv-dinglichen Reallast zurück, so kann man vielleicht daraus, daß die Verbindung der Berechtigung mit einem Grundstücke nicht auf Willkür, sondern auf einem bestimmten Rechtsverhältnisse zwischen diesem und dem belasteten Grundstücke beruht, die Folgerung herleiten, daß die Berechtigung von dem Grundstücke, mit welchem sie einmal verbunden ist, nicht gelöst werden darf. In Wirklichkeit aber sind Fälle, in welchen die Lösung zugelassen wird, nicht selten[1]). Es kommt vor, daß über ein Rittergut, nachdem das gesammte Areal veräußert ist, das Grundbuch lediglich deshalb fortgeführt wird, weil dem Eigenthümer die zu dem Gute gehörig gewesenen Realberechtigungen verblieben sind[2]). Auch scheint es nicht zweifelhaft zu sein, daß, wenn eine zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstückes bestehende Reallast abgelöst ist, der Berechtigte über das ihm zufallende Surrogat des Rechtes unabhängig von dem Grundstücke, natürlich unbeschadet der auf dem letzteren haftenden Hypotheken ꝛc., verfügen kann[3]). Diese Abweichungen von dem Prinzipe sind jedoch im Wesentlichen nur für die überlieferten Reallasten bezw. für den Fall des Ablösungsverfahrens von praktischem Interesse; inwieweit sie Geltung behalten sollen, ist eine in dem Einführungsgesetze zu entscheidende Frage.

Geltendes Recht.

Für den Entwurf handelt es sich demnach nur um die in Zukunft neu entstehenden subjektiv-dinglichen Reallasten. Wollte man bei diesen die beliebige Lösung der Verbindung zwischen dem Grundstücke und der Berechtigung gestatten, so würde die einfache Konsequenz dazu nöthigen, auch den umgekehrten Fall, nämlich die Umwandelung einer subjektiv-persönlichen Reallast in eine subjektiv-dingliche, zuzulassen. Damit wäre dann die Möglichkeit gegeben, daß eine Reallast bald als Bestandtheil eines Grundstückes gälte[4]) und dessen

Grundsatz des Entw.

---

[1]) Stobbe, deutsches Priv. R. § 66; v. Roth, deutsches Priv. R. § 84, II; Dernburg, preuß. Priv. R. § 38.

[2]) Altenb. Ges., die Grund- u. Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 13. Oktober 1852 § 11; Erk. des vorm. preuß. Ob. Trib. v. 19. Mai 1876, Entsch. 77 S. 316.

[3]) Vergl. das Erk. desselben Gerichtes v. 4. April 1876, ebenda S. 176.

[4]) Vergl. § 788.

Rechtsschicksal theilte, namentlich auch den Hypothekengläubigern haftete[1]), bald als selbständiges Recht bestände und als solches von dem Berechtigten, vielleicht noch während der Verbindung, behandelt würde. Eine derartige Gestaltung aber wäre bedenklich. Die Rechtslage des Verpflichteten würde sich wesentlich ändern, wenn die Berechtigung mit dem Eigenthume an einem Grundstücke verbunden oder die von vornherein vorhandene Verbindung gelöst würde. Einen so scharfen Eingriff in die Rechtslage des Verpflichteten durch die Willkür des Berechtigten darf das Gesetz nicht gutheißen, da hier nicht, wie im Falle der Abtretung, nur ein Wechsel in der Person des Berechtigten in Frage kommen, sondern das den Berechtigten bestimmende Merkmal und damit die Natur des Rechtes selbst geändert werden würde.

Für die in subjektiver Beziehung mit einem Grundstücke verbundene Reallast muß demnach der Grundsatz befolgt werden, daß diese Verbindung nicht lösbar ist. Hieraus ergiebt sich aber, daß die Berechtigung nur mit dem Grundstücke zusammen belastet werden kann und, wenn letzteres veräußert wird, zugleich mit dem Eigenthume auf den Erwerber desselben übergeht[2]). Um klares Recht zu schaffen, empfiehlt es sich, nicht blos den Grundsatz, sondern auch die beiden Konsequenzen in dem Gesetzbuche auszusprechen.

Folgerungen.

β. Theilung des Grundstückes, dessen jeweiligem Eigenthümer die Reallast zusteht.

§ 1058.

Einfluß a) auf die Berechtigung:

Wird das Grundstück, dessen jeweiligem Eigenthümer die Reallast zusteht, getheilt, so fragt es sich, welchen Einfluß die Theilung auf die Berechtigung haben soll. Wollte man diesen Einfluß lediglich nach dem Grundsatze des § 1057 bestimmen, so würde die Berechtigung mit dem Eigenthume an den einzelnen Theilstücken sich verbinden und also, wenn die letzteren in dem Eigenthume verschiedener Personen ständen, für diese den Gegenstand einer Gemeinschaft bilden. Einer solchen Gestaltung des Verhältnisses muß jedoch schon wegen der Schwierigkeiten, welche sich der Lösung desselben entgegenstellen können, namentlich aber wegen der bedenklichen Folgen, welche im Falle weiterer Zerstückelung eintreten würden, möglichst vorgebeugt werden.

1. bei einer Reallast ohne lokale Beziehung,

1. Auszugehen ist von dem Falle, daß eine gewöhnliche Reallast vorliegt, welche zwar zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstückes besteht, aber ihrem Inhalte nach auch eine subjektiv-persönliche Reallast sein könnte. Lokale Beziehungen zwischen der Reallast und dem Grundstücke, wie sie nothwendig bei der Grunddienstbarkeit stattfinden, sind in dem vorausgesetzten Falle nicht vorhanden. Die Rücksicht auf den Verpflichteten aber, durch welche der Grundsatz des § 1057 gerechtfertigt wird, kann nur so weit führen, daß die Reallast stets mindestens mit einer Parzelle jenes Grundstückes verbunden bleiben muß, läßt also für den Eigenthümer die Befugniß offen, bei einer Theilung des Grundstückes diejenige Parzelle zu bestimmen,

---

[1]) Vergl. § 1067.

[2]) Bayr. Entw. III Art. 346 Abs. 2.

deren jeweiligem Eigenthümer die Berechtigung fortan ausschließlich zustehen soll. Der Entwurf geht deshalb davon aus, daß in erster Linie der Wille des theilenden Eigenthümers entscheiden muß. Dieser Wille wird regelmäßig in dem Veräußerungsvertrage seinen Ausdruck finden, indem der Berechtigte entweder ein gewisses Trennstück mit der Berechtigung veräußern oder dieselbe in Verbindung mit dem ihm verbleibenden Reste des Grundstückes behalten zu wollen erklärt. Wird eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, so muß der Verbleib der Berechtigung bei dem von dem Veräußerer zurückbehaltenen Grundstücke als gewollt gelten. Die Aufstellung einer dies ausdrückenden dispositiven Vorschrift ist um deswillen erforderlich, weil bei Veräußerungen, welche nur eine Verkleinerung des Grundstückes herbeiführen, die Nichterwähnung der Reallast in der Absicht, die Berechtigung bei dem Restgrundstücke zu behalten, die Regel bilden wird und der Veräußerer leicht geschädigt werden könnte, wenn er auf die dem obligatorischen Verhältnisse unter den Betheiligten entsprechende Rückforderung des zu viel Geleisteten beschränkt bliebe (Abs. 1 Satz 1).

insbes. bei der Veräußerung aller Theile;

Die vorstehend gerechtfertigten Bestimmungen treffen nicht den Fall, wenn das Grundstück, mit dessen Eigenthume die Berechtigung verbunden ist, zertheilt in einem Akte an verschiedene Personen veräußert wird. Klar ist freilich nach den bisherigen Ausführungen, daß in einem solchen Falle die Berechtigung bei einigen oder bei allen Theilstücken verbleiben soll; es fehlt aber eine Erklärung darüber, mit welchen Theilen die Verbindung gewollt ist. Die ergänzende dispositive Rechtsnorm kann nur dahin lauten, daß die Berechtigung als an alle Erwerber veräußert zu gelten hat und also Gemeinschaft eintritt. Die hieraus nach den §§ 762 und 764 sich ergebende Folgerung, daß Gemeinschaft nach gleichen Bruchtheilen anzunehmen[1]), erscheint jedoch für diesen besonderen Fall nicht angemessen; vielmehr müssen die Bruchtheile, welche den einzelnen Theilhabern zufallen, nach dem gegenseitigen Größenverhältnisse der von denselben erworbenen Trennstücke sich richten (Satz 2).

2. bei einer Reallast mit lokaler Beziehung;

2. Einer besonderen Regelung bedarf der Fall, wenn die Reallast insofern eine qualifizirte ist, als sie ihrem Inhalte nach eine nothwendige lokale Beziehung zu dem Grundstücke hat, mit dessen Eigenthume die Berechtigung verbunden ist, wenn also diese Verbindung nicht willkürlich geschaffen, sondern durch den Inhalt der Reallast von vornherein gegeben ist. Hierbei besteht die Möglichkeit, daß die lokale Beziehung nicht auf das ganze Grundstück, sondern nur auf einen Theil desselben sich richtet, so daß in Wirklichkeit die Berechtigung nur als mit diesem Theile verbunden gelten kann, z. B. wenn der Verpflichtete die Reinigung und Erhaltung eines nur einer Parzelle des Grundstückes zum Nutzen gereichenden Grabens zu beschaffen hat. Für einen solchen Fall muß das auch bei Regelung der Grunddienstbarkeiten in dem § 976 befolgte Prinzip zur Anwendung gelangen, daß die Berechtigung diejenige lokale Beziehung bewahrt, welche aus ihrem Zwecke sich ergiebt (Abs. 2).

b) auf die Verpflichtung.

Daß die Theilung den Umfang der Reallast nicht zum Nachtheile des Verpflichteten ändern kann, braucht nicht in dem Gesetze gesagt zu werden, da

[1]) Vergl. § 827.

dies selbstverständlich und eine entsprechende Bestimmung auch für die Grunddienstbarkeiten nicht getroffen ist.

Vereinigung des Grundst. mit einem anderen Gr.

Ebensowenig bedarf es einer Regelung des Falles, wenn das Grundstück, dessen jeweiligem Eigenthümer die Berechtigung zusteht, mit einem anderen Grundstücke vereinigt wird. Aus dem Grundsatze des § 1057 folgt mit Nothwendigkeit, daß eine solche Vereinigung nicht dazu führen kann, die Reallast mit einem von dem ursprünglichen Grundstücke verschiedenen Grundstücke in Verbindung zu bringen.

b) Die zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast.

§ 1059.

Veräußerlichkeit.

Der von dem § 1059 im Einklange mit dem gemeinen Rechte und dem preuß. A. L. R. I, 19 § 22 aufgestellte Grundsatz, daß die subjektiv-persönliche Reallast von dem Berechtigten veräußert und belastet werden kann[1]), liegt in der Konsequenz der Uebertragbarkeit des Anspruches auf die einzelnen Leistungen, zu welchen die Last den Eigenthümer des belasteten Grundstückes verpflichtet; er ist um so weniger bedenklich, als die gleiche Regel nach dem Entwurfe auch für den Nießbrauch und andere dingliche Rechte gilt[2]). Die Veräußerlichkeit muß indessen aus Rücksicht auf die Rechtslage des Verpflichteten, wie bei der Begründung des § 1057 dargelegt wurde, hier insofern eingeschränkt werden, als die Verbindung der Berechtigung mit einem Grundstücke nicht zu gestatten ist. Im Uebrigen hängt die Anwendung des Grundsatzes auf die Reallast als Ganzes davon ab, ob die einzelnen Ansprüche nach den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse übertragbar sind[3]). In dieser Hinsicht fragt es sich nur, ob, wenn die Reallast zu verschiedenen Leistungen verpflichtet und der Anspruch auf einzelne derselben nicht übertragbar ist[4]), dies der Uebertragung der Reallast als Ganzes entgegenstehen oder die Uebertragbarkeit nur insoweit ausschließen soll, als die Nichtübertragbarkeit der einzelnen Ansprüche reicht. Der

Beschränkung derselben.

Entwurf entscheidet diese Frage in dem letzteren Sinne, so daß also eine theilweise Uebertragung der Reallast zugelassen wird. Hierzu nöthigt die Erwägung, daß der innere Zusammenhang der äußerlich in der Reallast zusammengefaßten verschiedenartigen Belastungen kein solcher ist, daß man nicht trennen könnte, und daß die entgegengesetzte Entscheidung in ihren Konsequenzen zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Eine Unbilligkeit würde namentlich gegenüber den Gläubigern des Berechtigten darin liegen, daß die Nichtübertragbarkeit eines einzelnen Anspruches auch die übrigen Ansprüche der Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung entziehen würde.

---

[1]) Ebenso nach dem bayr. Entw. III Art. 346. Das sächs. Gesetzbuch hat keine besondere Bestimmung.

[2]) §§ 1011, 1086, 1136.

[3]) Vergl. die §§ 293, 295, 296.

[4]) Dies kommt namentlich bei dem Altentheile vor, sofern derselbe die Eigenschaft einer Reallast hat.

c) Der Anspruch auf eine rückständige Leistung.

§ 1060.

Geltendes Recht.

In dem gemeinen und dem preuß. Rechte fehlt es an einer besonderen Regelung der Uebertragung und Belastung des Anspruches auf rückständige Leistungen. Das sächs. G. B. dagegen bestimmt unter § 511: „Das Recht auf die einzelnen Leistungen ist nach den Vorschriften über Forderungen zu beurtheilen". In dem bayr. Entw. III Art. 346 Abs. 3 wird dies nur für die Abtretung vorgeschrieben. Auch das Erlöschen des in Rede stehenden Anspruches wird, von der Verjährung abgesehen[1]), in dem geltenden Rechte meist nicht besonders geregelt.

Standp. des Entw

Das bürgerliche Gesetzbuch darf diese Vorgänge schon um deswillen nicht übergehen, weil sein Schweigen leicht dem Mißverständnisse Raum geben könnte, als handele es sich bei denselben um eine theilweise Uebertragung, Belastung oder Erlöschung des ganzen Rechtes. Der Grund, aus welchem in diesen Beziehungen eine besondere Behandlung der Ansprüche auf rückständige Leistungen eintreten muß, liegt in dem Verhältnisse dieser Ansprüche zu der Reallast im Ganzen. Dieses Verhältniß aber entspricht vollständig demjenigen der Ansprüche auf rückständige Hypothekenzinsen zu der Hypothekenforderung. Beide Kategorieen von Ansprüchen müssen daher übereinstimmend geordnet werden. Da aber die Ansprüche auf rückständige Hypothekenzinsen praktisch viel wichtiger sind als die Ansprüche auf rückständige Realleistungen, so empfiehlt es sich, die Regelung bei der Hypothek vorzunehmen und hier auf die dortigen Vorschriften zu verweisen.

Analogie der Hypothekenzinsen.

4. Aufhebung der Reallast durch Rechtsgeschäft.

§ 1061.

Aufhebungsgründe.

Die Gründe, aus welchen nach dem geltenden Rechte Reallasten erlöschen[2]), finden meist in früheren Vorschriften und Verweisungen ihre Erledigung[3]). Die bei § 787 der Landesgesetzgebung vorbehaltene Befugniß, für den Fall der Abveräußerung eines Theiles von einem Grundstücke die lastenfreie Abschreibung dieses Theiles zu regeln, muß zur Wahrung des volkswirthschaftlichen Interesses, welches an der Erleichterung der Parzellirung bestehen kann, dahin erweitert werden, daß die Landesgesetze auch die Vertheilung der auf dem Grundstücke haftenden Reallast auf die einzelnen Theile desselben nach Maßgabe jenes Vorbehaltes bestimmen können. In dem bürgerlichen Gesetzbuche ist hier nur die Aufhebung der Reallast durch Rechtsgeschäft, d. i. durch Verzicht des Berechtigten, zu ordnen.

---

[1]) Vergl. § 157 des Entwurfes und die Motive dazu.

[2]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 285; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 2 ff. und I, 19 §§ 29 ff.; Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 307; sächs. G. B. § 508; bayr. Entw. III Art. 347, 348.

[3]) Siehe §§ 129, 142. 835, 847 und die Anm. I zur Ueberschrift dieses Buches, II zu § 787, a zur Ueberschrift des dritten Abschnittes desselben.

Verzicht.

Nach dem preuß. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 12 Abſ. 1 verliert in einem ſolchen Falle das Recht ſeine Wirkſamkeit gegen Dritte nur durch Löſchung im Grundbuche. Das ſächſ. G. B. läßt das Erlöſchen ſelbſt erſt durch die „Löſchung vermöge eines auf Aufhebung der Reallaſt gerichteten Rechtsgrundes“ (§ 508) eintreten. Dieſelbe Bedeutung ſcheint der Grundſatz des braunſchw. Geſ. über den Eigenthumserwerb ꝛc. (§ 23) zu haben. In Hamburg hat nach dem Geſ. über Grundeigenthum und Hypotheken (§§ 2, 23, 43) die Tilgung der Reallaſt die nämliche formale Rechtskraft wie die Eintragung. Für den Entwurf liegt keine Veranlaſſung vor, hier von den Grundſätzen abzuweichen, nach welchen die rechtsgeſchäftliche Aufhebung der übrigen begrenzten Rechte an Grundſtücken, mit Ausſchluß der Hypothek und der Grundſchuld, geregelt worden iſt[1]). Demgemäß iſt zu unterſcheiden, ob bei der Reallaſt nur der Berechtigte und der Verpflichtete oder auch Dritte betheiligt ſind.

Einwilligung Dritter.

1. In dem erſten Falle genügt zur Aufhebung der Reallaſt die einſeitige Verzichterklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte, ſofern auf Grund dieſer Erklärung die Reallaſt im Grundbuche gelöſcht wird.

2. In dem zweiten Falle bedarf es außer der Erklärung des Berechtigten zur Löſchung noch der Einwilligung des Dritten, mit deſſen Rechte die Reallaſt oder, wenn ſie dem jeweiligen Eigenthümer eines Grundſtückes zuſteht, dieſes Grundſtück belaſtet iſt. Es ſind daher, je nachdem eine ſubjektiv-dingliche oder eine ſubjektiv-perſönliche Reallaſt aufgehoben werden ſoll, die Vorſchriften des § 960 Abſ. 2 (über das dingliche Vorkaufsrecht) oder die Vorſchriften des § 965 Abſ. 2 (über das Erbbaurecht) zur entſprechenden Anwendung zu bringen.

---

[1]) Vergl. die §§ 960, 965, 977, 1015, 1048.

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht und Grundschuld.

Vorbemerkungen.

1. Die Stellung des Pfandrechtes in dem Systeme des Entwurfes bestimmt sich durch die rechtliche Natur des Sachenpfandrechtes als der praktisch wichtigsten Form, in welcher der Pfandrechtsgedanke zur Erscheinung kommt. In den Quellen des röm. Rechtes wird das Pfandrecht verschiedentlich als jus in re bezeichnet, und die gemeinrechtliche Doktrin handelt es meist unter den dinglichen Rechten ab. Die dingliche Natur dieses Rechtes ist indessen für die Fälle, in welchen dasselbe an einem Rechte bestellt ist, insbesondere für die Fälle des Forderungspfandes, erheblichen Zweifeln unterworfen; sie wird in neuerer Zeit überhaupt bestritten. Einige lehren, das Pfandrecht sei auch dann, wenn sein Gegenstand eine Sache sei, nur eine Erstreckung der Forderung auf den zur Sicherung derselben verpfändeten Gegenstand und folglich selbst ein Forderungsrecht. Andere dagegen sind der Meinung, die Sache könne niemals den Gegenstand des Rechtes bilden; die Vertreter dieser Meinung stellen bald das Recht des Verpfänders, bald den Werth der Sache als den eigentlichen Gegenstand des Pfandrechtes hin. 1. Stellung des Pfandrechtes im Systeme.

Diesen Streitfragen gegenüber folgt der Entwurf, soweit es sich um die Stellung des Pfandrechtes in dem Systeme des Gesetzbuches handelt, der hergebrachten und in der Rechtsprechung und Wissenschaft immer noch überwiegenden Meinung, daß das Sachenpfandrecht als ein Recht an der Sache aufzufassen sei. Ob es hiermit sich vereinigen läßt, das Pfandrecht als ein Recht an dem Rechte des Verpfänders oder an dem Werthe der Sache zu konstruiren, das ist eine wesentlich theoretische Frage, deren Bejahung allerdings für die einheitliche rechtliche Natur des Pfandrechtes ohne Rücksicht auf dessen Gegenstand sprechen, für die Stellung dieses Rechtes in dem Systeme des Gesetzbuches aber kaum von Gewicht sein würde. Verneint man die Frage, so bleibt doch immer der Pfandrechtsbegriff insofern derselbe, als der Pfandgläubiger das Recht auf Verwerthung des ihm verpfändeten Gegenstandes zum Zwecke seiner Befriedigung wegen der Pfandforderung hat. Von diesem Standpunkte muß das Pfandrecht als ein systematisch geschlossenes Rechtsgebiet angesehen und also, da das Sachenpfandrecht in das Sachenrecht gehört, hier

auch das Pfandrecht an Rechten geordnet werden. In dem preuß. A. L. R., dem sächs. G. B. und dem bayr. Entw. hat denn auch das gesammte Pfandrecht seine Stelle unter den dinglichen Rechten gefunden.

2. Besondere Regelung der einzelnen Kategorieen des Pfandr.

2. Die Entstehung des Pfandrechtes, welche nach röm. Rechte formlos erfolgt, wird in dem Entwurfe formalisirt. Die Form ist verschieden je nach dem Gegenstande der Verpfändung: für das Pfandrecht an Grundstücken die Eintragung in das Grundbuch; für das Pfandrecht an beweglichen Sachen die Einräumung und Ergreifung der Inhabung; für das Pfandrecht an Rechten die für die Uebertragung des Rechtes bestimmte Form (mit einer Besonderheit in Ansehung der Verpfändung einer Forderung, § 1211). Verschieden ist ferner in Folge der Verschiedenheit des Gegenstandes die gesetzliche Regelung der Wirkungen, namentlich in Ansehung des Umfanges und der Geltendmachung des Pfandrechtes. Der Entwurf widmet deshalb im Einklange mit den genannten Kodifikationen jeder der drei Pfandrechtskategorieen eine besondere Behandlung. In zwei Punkten weicht er von seinen Vorgängern ab:

Allgemeine Vorschriften.

a) Er enthält keine allgemeinen Bestimmungen über das Pfandrecht[1]). An sich wäre es nicht unausführbar, solche durch Abstraktion des Gemeinsamen aus der Regelung jeder einzelnen Pfandrechtskategorie zu gewinnen. Allein die pfandrechtlichen Vorschriften würden hierdurch weder übersichtlicher noch klarer, überhaupt nicht praktisch brauchbarer werden, da die Punkte, in welchen die eine Kategorie sich von der anderen unterscheidet, nahezu alle Seiten des Rechtsverhältnisses berühren, so zwar, daß nur wenige gemeinsame Rechtssätze ausgeschieden werden könnten, diese aber, aus dem Zusammenhange gelöst, eine das Verständniß des Gesetzes erschwerende doktrinäre Färbung annehmen müßten. Es wäre auch kaum konsequent, wenn der Entwurf, nachdem er es abgelehnt hat, für die Dienstbarkeiten allgemeine Vorschriften aufzustellen[2]), diesen Standpunkt in Ansehung des Pfandrechtes verlassen wollte.

Grundschuld.

b) Das Pfandrechtssystem des Entwurfes erleidet dadurch eine Unterbrechung, daß zwischen dem Pfandrechte an Grundstücken und dem Pfandrechte an beweglichen Sachen die Grundschuld abgehandelt wird. Die Grundschuld ist eine dingliche Belastung des Grundstückes, auf welchem sie haftet. Sie hat den wirthschaftlichen Zweck mit dem Pfandrechte gemein, indem sie für den Grundbesitz gleichwie dieses eine Rechtsform ist, in welcher der Realkredit sich bethätigt. Beide Formen unterscheiden sich freilich von einander wesentlich dadurch, daß die Grundschuld nicht wie das Pfandrecht zur Sicherung einer Forderung dient. Aber indem beide dem Berechtigten die Beitreibung einer bestimmten Summe aus dem Grundstücke verbürgen sollen, müssen sie vielfach den nämlichen Rechtsregeln folgen. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 ordnet deshalb die Grundschuld im Zusammenhange mit der Hypothek (dem Pfandrechte an Grundstücken) in der Weise, daß jede Vorschrift durch ihre Fassung zu erkennen giebt, ob sie für beide Formen oder nur für die eine oder die andere gelten soll. Ebenso die gleichnamigen Gesetze

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 1—70; sächs. G. B. §§ 369—386; bayr. Entw. III Art. 349—364.

[2]) Vergl. oben S. 476.

für Coburg-Gotha, Oldenburg, Lippe, Waldeck und Pyrmont. Dagegen regelt das Gesetz für Schaumburg-Lippe v. 26. August 1884 die Hypothek selbständig und im Anschlusse an dieselbe die Grundschuld.

Der Entwurf geht davon aus, daß das bürgerliche Gesetzbuch den Gegensatz, welcher zwischen den beiden Formen besteht, nicht durch gemeinsame Vorschriften abschwächen oder verdunkeln darf. Um Klarheit in diese ebenso schwierige wie praktisch wichtige Lehre zu bringen, muß der Gesetzgeber deutlich erkennen lassen, welchen Standpunkt er einnimmt. Dieses Ziel wird am sichersten dadurch erreicht, daß jede der beiden Formen für sich geordnet wird, und zwar zuerst die Hypothek wegen der größeren Wichtigkeit, welche ihr beiwohnt, sodann die Grundschuld.

3. Zu erwähnen ist hier schließlich noch die sogenannte Generalhypothek. 3. Generalhypothek.
Sie erscheint als die letzte Konsequenz, welche die römische Rechtsentwickelung aus der Formlosigkeit der Pfandbestellung unter Anerkennung der Verpfändbarkeit aller Gegenstände, welche einen Vermögenswerth haben, gezogen hat. Wenn lediglich der erklärte Wille des Verpfänders darüber entscheidet, was dem Gläubiger als Pfand haften soll, so muß diese Haftung folgerecht auf alle dem Verpfänder gehörigen Gegenstände erstreckt werden, von welchen es nachweisbar ist, daß jener dieselben der Pfandhaftung hat unterwerfen wollen. Es bedarf bei der Verpfändung mehrerer Gegenstände nicht einer Aufzählung der einzelnen; vielmehr genügt eine Bezeichnung, aus welcher der Verpfändungswille in Beziehung auf seinen Gegenstand sich erkennen läßt. Von einer Beschränkung des Pfandrechtes auf Objekte, welche zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder gehören, ist keine Rede. Der Wille vermag auch solche Gegenstände zu ergreifen, welche sein Träger in Zukunft erwerben wird, gleichviel ob dieselben zur Zeit der Erklärung schon in rerum natura waren oder nicht.

Das System des röm. Rechtes ist demnach dieses: Sachen und Rechte, gegenwärtige und zukünftige, einzelne sowie unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffene, ja sogar alle dem Verpfänder gehörende und später zufallende Gegenstände können verpfändet werden. Mit einem solchen Systeme ist der Zweck des Pfandrechtes kaum noch vereinbar. Das Pfandrecht soll durch seinen Gegenstand dem Gläubiger besondere Sicherheit gewähren. Wenn aber der Schuldner seine gesammte Habe durch formlose Willenserklärung verpfänden kann, so wird jeder geschäftskundige und vorsichtige Mann, der nur Pfandkredit gewähren will, die Kreditgewährung regelmäßig davon abhängig machen, daß ihm neben dem Spezialpfande, welches der Kreditnehmer bietet, zugleich ein Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Verpfänders eingeräumt werde. In der That war dies in großen Gebieten Deutschlands üblich, damit aber das Pfandrecht zu einem bloßen Vorzugsrechte bei der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners abgeschwächt. Wo dann noch gesetzliche, meist privilegirte Generalhypotheken hinzukamen, da ist das Pfandgeschäft fast ohne wirthschaftlichen Werth, nicht selten sogar zu einer Falle für weniger geschäftskundige Leute geworden.

Das preuß. A. L. R., das sächs. G. B. und der bayr. Entw. haben eine Verpfändung des ganzen Vermögens nicht vorgesehen. In dem franz. G. B.

dagegen sind gesetzliche und gerichtliche Hypotheken an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners anerkannt. In den Geltungsgebieten des gemeinen Rechtes ist die Generalhypothek meist durch die Landesgesetzgebung abgeschafft. Die Mobiliarhypothek ist schließlich da, wo sie noch möglich war, durch die Konk. O. v. 10. Februar 1877 §§ 40 und 41 erheblich eingeschränkt worden[1]), und die Gesetze, welche zur Ausführung der Konk. O. in den einzelnen Staaten erlassen sind, haben der Verpfändung des ganzen Vermögens vielfach den Boden entzogen[2]), so daß die praktische Bedeutung der römischen Generalhypothek in Deutschland jetzt nahezu beseitigt ist.

Mit den Formen, an welche der Entwurf die Entstehung des Pfandrechtes knüpft, ist die Verpfändung eines Vermögens nicht vereinbar. Ihre Schädlichkeit für den Kredit bedarf einer weiteren Darlegung nicht; sie ist längst erkannt, und schwerlich wird Jemand die Wiederbelebung der Generalhypothek durch das bürgerliche Gesetzbuch empfehlen.

4. Eintheilung dieses Abschn.

4. Die vorstehenden Erwägungen führen zur Eintheilung des neunten Abschnittes in vier Titel: 1. Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek); 2. Grundschuld; 3. Pfandrecht an beweglichen Sachen (Faustpfandrecht); 4. Pfandrecht an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek).

A. Allgemeine Gesichtspunkte:[3])

I. Das Realkreditbedürfniß und die Hypothek.

1. Umfang und Berechtigung des Realkreditbedürfnisses.

1. Der Realkredit kann gleichwie der persönliche und der Mobiliarkredit an sich jedem Geldbedürfnisse dienen. Seine eigentliche Bestimmung aber ist, Interessen zu fördern, welche mehr oder weniger eng mit dem Grund und

---

[1]) Einf. Ges. zur Konk. O. v. 10. Februar 1877 §§ 11 ff.

[2]) Ausf. Gesetze zur Konk. O. für Preußen v. 6. März 1879 §§ 2—7, Bayern v. 23. Februar 1879 Art. 198—201, 232—234, Hessen v. 4. Juni 1879 Art. 39—48 Oldenburg v. 10. April 1879 Art. 53 §§ 1, 2, Mecklenburg v. 26. Mai 1879 §§ 2—7, 18—22, Weimar v. 10. Mai 1879 §§ 27—29, Anhalt v. 10. Mai 1879 §§ 2—6, Altenburg v. 26. Mai 1879 §§ 4, 5, 10—14, Coburg-Gotha v. 7. April 1879 §§ 4, 5, 10, Meiningen v. 20. Juni 1879 §§ 4, 5, 7, Reuß ä. L. v. 5. Mai 1879 §§ 18, 26, 27, Reuß j. L. v. 22. Februar 1879 §§ 4, 5, 11, Rudolstadt v. 1. Mai 1879 §§ 22—24, Sondershausen v. 20. Mai 1879 §§ 3, 4, 9—11, Lippe v. 26. Juni 1879 §§ 2, 4, 7, Schaumburg-Lippe v. 30. Juni 1879 §§ 90—95, Waldeck und Pyrmont v. 1. September 1879 Art. 1, 3—5, Bremen v. 25. Juni 1879 §§ 45, 69, Hamburg v. 25. Juli 1879 § 4. Siehe ferner das Ges., die Einführung der Reichsjustizgesetze in Baden betr., v. 3. März 1879 §§ 20 ff. und das Ges. für Lübeck, die Erhaltung des Vorrechtes der Kinder ꝛc. betr., v. 3. Februar 1879.

[3]) Die hauptsächlichsten Quellen des geltenden Hypothekenrechtes siehe oben S. 12 ff

Boden verwachsen sind. Seit in Deutschland der Uebergang von der Naturalwirthschaft zur Geldwirthschaft sich vollzogen hat, nimmt der Grundbesitz den Kredit, welcher durch seine Belastung vermittelt wird, regelmäßig für seine eigenen Zwecke in Anspruch.

Wer ein Grundstück erwerben will, muß Geld aufwenden, und zwar nicht blos im Falle des Kaufes, sondern meist auch, wenn die Erwerbung auf Grund des Erbrechtes sich vollzieht, zur Abfindung der Miterben. Ein Geldbedürfniß entsteht, wenn Gebäude auf dem erworbenen Grund und Boden errichtet werden sollen, Geld ist nöthig, um dieselben zu erhalten, um die steigenden Anforderungen an die Bequemlichkeit und Güte der Wohnungen zu befriedigen. Auf reichlichen Geldzufluß rechnet vor Allem der dem Landbau gewidmete Grundbesitz zur Erhöhung der Kultur und Ertragsfähigkeit des Bodens, zur Verbindung der Industrie mit der Landwirthschaft. Geld endlich braucht der Grundbesitzer, um Unglücksfälle, von welchen sein Besitz betroffen wird, tragen zu können.

Zur Befriedigung aller dieser Bedürfnisse wird der Realkredit in Bewegung gesetzt. Diese Erscheinung findet ihre Erklärung und Berechtigung in den gesellschaftlichen Sitten und wirthschaftlichen Gewohnheiten unseres Volkes. Wo, wie in Deutschland, die Selbstbewirthschaftung des Grundbesitzes die Regel bildet, kann es nicht anders sein, als daß die Grundstücke in den meisten Fällen mit Hülfe des Realkredites erworben, erhalten und nutzbar gemacht werden. Hat nun die Gesetzgebung zweifellos die Aufgabe, die Interessen des Grundbesitzes als der festesten Grundlage des Staates zu pflegen und zu fördern, so muß sie namentlich darauf bedacht sein, dem Realkredite die Bethätigung zu gewährleisten. Auf dem Gebiete des Privatrechtes beschränkt sich diese Aufgabe im Wesentlichen auf eine zweckmäßige Gestaltung der Hypothek bezw. der rechtlichen Formen, in welchen die Kreditbelastung der Grundstücke sich vollzieht.

Der Grundbesitz bedarf zu den angedeuteten Zwecken verhältnißmäßig großer Summen, und zwar gegen niedrige Zinsen und auf lange Zeit, dies deshalb, weil der Ertrag, welchen er abwirft, die üblichen Zinsen des in ihm angelegten Kapitales gewöhnlich nur unbedeutend übersteigt und folglich erst nach einer Reihe von Jahren die Mittel zur Schuldentilgung liefert. Wenn gleichwohl in den Kreisen der Kapitalisten eine große Geneigtheit zu seiner Beleihung besteht, so liegt der Grund hiervon in der nahezu zweifellosen Sicherheit, welche der Grund und Boden für die Erfüllung der mit ihm verknüpften Verbindlichkeiten zu leisten vermag. Aber der Kapitalist verlangt, daß er *nur* die *thatsächlichen* Verhältnisse, welche die Sicherheit bedingen, in Rechnung zu ziehen braucht, daß dagegen die *rechtlichen* Beziehungen des zu beleihenden Grundstückes, welche die Sicherheit beeinträchtigen können, klar zu Tage liegen und, soweit dies nicht der Fall ist, gegen die Hypothek, welche ihm bestellt oder übertragen wird, der Wirkung entbehren. Er verlangt ferner, daß die Hypothek ihren Gegenstand im weitesten Umfange ergreife, schnell und ohne Weiterungen geltend gemacht und Kapital und Zinsen unabhängig von allen nach Inhalt des Grundbuches ihm nicht vorgehenden Ansprüchen aus dem Grundstücke beigetrieben werden können. Nur wenn das Gesetz diesen Anforderungen an die Gestaltung des Hypothekenrechtes genügt, ist auf eine

den heutigen Verhältnissen entsprechende Befriedigung des Realkreditbedürfnisses zu rechnen.

2. Gestaltung der Hypothek.

2. Wie die Aufgabe, welche hiernach an das bürgerliche Gesetzbuch herantritt, in demselben zu lösen ist, kann im Allgemeinen nach den bisherigen Erörterungen nicht zweifelhaft sein. Von dem röm. Pfandrechte und dessen Nachbildungen in Deutschland, nicht minder von dem franz. Inskriptionssysteme ist gänzlich abzusehen. Die Hypothek kann, wie bereits früher dargelegt wurde, nur in dem Rahmen des Grundbuchsystemes nach dem Eintragungs- und dem Oeffentlichkeitsprinzipe geregelt werden[1]).

a) Eintragungsprinzip.

a) Das Eintragungsprinzip gilt für die Hypothek, sofern dieselbe durch Vertrag begründet werden soll, schon nach § 828 Abs. 1. Die meisten Landesgesetze gehen indessen noch weiter, indem sie überhaupt nur eingetragene Hypotheken kennen, d. h. die Entstehung der Hypothek ohne Ausnahme von der Eintragung abhängig machen[2]). Die praktische Folge hiervon ist die, daß unmittelbar durch Gesetzesvorschrift, durch richterlichen Ausspruch oder durch letztwillige Verfügung eine Hypothek nicht ins Leben gerufen werden kann. Es läßt sich vielleicht darüber streiten, ob die Rücksicht auf diejenigen, welche durch Vertrag und Eintragung Hypotheken erwerben, zu dieser Verallgemeinerung des Eintragungsprinzipes nöthigt, ob es nicht vielmehr genügt, zum Schutze der vertragsmäßigen Erwerbung auf das Oeffentlichkeitsprinzip des § 837 zu verweisen oder der eingetragenen Hypothek einen unbedingten Vorzug vor der nicht eingetragenen einzuräumen. Indessen hat unter denjenigen Gesetzen, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuches bezw. des Hypothekenbuches im Sinne des § 837 verwerthen, nicht ein einziges sich darauf beschränkt, die eingetragene Hypothek unter den Schutz dieses Prinzipes zu stellen; die Gesetzgeber sind erkennbar von der gewiß richtigen Anschauung ausgegangen, daß ein Moment bedenklicher Unsicherheit in den Hypothekenverkehr kommen müßte, wenn ein Dritter durch Berufung auf eine für ihn ohne Eintragung begründete Hypothek die wirksame Begründung einer der Eintragung bedürfenden Hypothek mit der Behauptung, daß die Voraussetzungen des öffentlichen Glaubens des Buches nicht gegeben seien, in Frage stellen könnte. Nichteingetragene Hypotheken aber, welche den eingetragenen schlechthin nachstehen, sind ohne praktischen Werth, weil sie dem Gläubiger eine von dem Willen des Schuldners unabhängige Sicherheit nicht zu gewähren vermögen. Wenn sie gleichwohl in einigen Gebieten des gemeinen Rechtes noch zulässig sind, so erklärt sich dies daraus, daß die partikulare Hypothekengesetzgebung ihren Gegenstand nicht immer erschöpfend geordnet, sondern oft nur die dringendsten Bedürfnisse befriedigt, im Uebrigen aber das gemeine Recht als subsidiäre Rechtsquelle beibehalten hat[3]).

Können hiernach nichteingetragene Hypotheken minderwerthiger Natur in dem bürgerlichen Gesetzbuche keine Stelle finden, so muß von der Zulassung

---

[1]) Oben S. 16—20, 161, 171, 208 ff.

[2]) Siehe die Nachweisung der Gesetze S. 171 Anm. 5.

[3]) Bezüglich des franz. R. siehe oben S. 11—13, 17, 18.

vollwerthiger oder gar privilegirter Hypotheken, über welche das Grundbuch keine Auskunft giebt, erst recht abgesehen werden. Ein sicherer und reichlicher Realkredit ist nur zu haben, wenn das Gesetz andere als eingetragene Hypotheken nicht zuläßt. Bei dem Standpunkte, welchen die Landesgesetzgebung in dieser Hinsicht einnimmt, braucht die Schädlichkeit gesetzlicher, richterlicher und testamentarischer Hypotheken für den Realkredit nicht weiter dargelegt zu werden. Es ist auch nicht zu besorgen, daß, wenn das bürgerliche Gesetzbuch diesem Standpunkte folgt, hierdurch berechtigte Interessen verletzt werden könnten. Abgelehnte Entstehungsgründe:

Für die Begründung von Hypotheken durch letztwillige Verfügung kommen nur die wenig umfangreichen Gebiete in Betracht, in welchen das röm. Pfandrecht noch Geltung hat. Hier aber wird nach Einführung des Grundbuchsystemes diese Entstehungsart ebensowenig vermißt werden wie in denjenigen Gebieten, in welchen sie längst der Vergessenheit angehört. Ein Bedürfniß zu ihrer Aufrechterhaltung gegenüber dem Prinzipe des § 828 Abs. 1 ist keinesfalls vorhanden. letztwillige Verfügung.

Die durch richterliches Urtheil entstehende Hypothek hat dagegen ein weit größeres Geltungsgebiet, da sie eine Eigenthümlichkeit des franz. G. B. ist. Ihre Beseitigung erscheint aber umsoweniger bedenklich, als neuere Gesetze die Zulässigkeit der ihren Rang bedingenden Inskription erheblich einschränken[1]). Die Interessen, welchen die Judizialhypothek dient, finden in der Zwangshypothek des Entwurfes genügenden Schutz[2]). Urtheil des Gerichtes,

Was endlich die gesetzlichen Hypotheken betrifft, so beschränkt sich deren praktische Bedeutung im Wesentlichen ebenfalls auf die Gebiete des franz. Rechtes[3]). An die Stelle der römischrechtlichen Legalhypotheken sind in einer Reihe von Staaten, namentlich in Bayern, Sachsen, Württemberg, Hessen, gesetzliche Titel zur Hypothek getreten, mit der Wirkung, daß derjenige, mit dessen Forderung das Gesetz einen solchen Titel verbindet, auf Grund desselben die Eintragung unabhängig von dem Willen des Eigenthümers verlangen kann[4]). Das preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. und die ihm nachgebildeten Gesetze sowie die hanseat. und die mecklenb. Immobiliengesetze gewähren grundsätzlich derartige Titel nicht. Auch der Entwurf verhält sich im Allgemeinen[5]) ablehnend gegen dieselben. Bei Annahme des formellen Konsensprinzipes kann nur von einer Verpflichtung des Eigenthümers zur Hypothekenbestellung, d. h. zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek die Rede sein. Die Frage aber, ob und für welche Fälle das Gesetz eine solche Verpflichtung schaffen soll, ist keine sachenrechtliche; sie gehört nach dem Systeme Gesetz. Gesetzliche Titel zur Hypothek

---

[1]) Oben S. 12 ff.

[2]) Siehe den § 1130.

[3]) Code civil Art. 2121, 2122, 2135 ff. Vergl. die in der Anm. 2 S. 600 nachgewiesenen Gesetze.

[4]) v. Roth, deutsch. Priv. R. § 303, Bd. 3 S. 570 ff.

[5]) Der Konstruktion des Rechtes auf Eintragung einer Zwangshypothek bezw. einer Arresthypothek als Hypothekentitel soll hier nicht vorgegriffen werden. Vergl. §§ 1130, 1132 in Verb. mit § 846.

des Entwurfes der Regelung derjenigen Verhältnisse an, auf welche die schutzbedürftigen Forderungen zurückzuführen sind[1]).

b) Erstreckung des öffentl. Glaubens des Grundb. auf die Forderung.

b) Das Oeffentlichkeitsprinzip des § 837 erfährt dadurch eine Erweiterung, daß die Hypothek in ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit von der Forderung abhängt, zu deren Sicherheit sie bestellt ist. Die Landesgesetze, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuches bezw. des Hypothekenbuches zum Schutze der Hypothek verwerthen, erstrecken sämmtlich diesen Schutz mehr oder weniger auch auf die Forderung. Das Oeffentlichkeitsprinzip wäre in der That nur eine halbe Wahrheit, wenn dem Erwerber einer eingetragenen Hypothek zwar das dingliche Recht, soweit dasselbe seine Lebensbedingungen nicht in der Forderung hat, die Forderung selbst aber nicht gewährleistet würde. Eine solche Beschränkung des Prinzipes könnte nur die Folge haben, daß die Neigung zur Beleihung des Grundbesitzes in den betheiligten Kreisen erheblich sich abschwächte. Das Realkreditbedürfniß kann auf volle Befriedigung nur rechnen, wenn derjenige, welcher im Vertrauen auf das Grundbuch sich eine Hypothekenforderung abtreten oder überweisen läßt, sich darauf verlassen darf, daß er das Recht auch in Ansehung der Forderung gerade so erwirbt, wie dasselbe durch das Grundbuch nachgewiesen wird. Der Entwurf stellt deshalb auch die Forderung, soweit dieselbe zur Stütze des dinglichen Anspruches dient, unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches[2]).

3. Rechtliche Natur der Hypothek: a) dingliche Natur;

3. Die rechtliche Natur der Hypothek ergiebt sich aus den bisherigen Erörterungen.

a) Die Hypothek ist gleichwie das Pfandrecht überhaupt ein dingliches Recht. In den Landesgesetzen wird diese ihre Natur mehrfach hervorgehoben[3]). Die Dinglichkeit hat aber für die moderne Hypothek nicht durchweg dieselbe Bedeutung wie für die römische. Denn während sie nach röm. Rechte sich darin bethätigt, daß der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung

---

[1]) Der Entwurf kennt eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek nur in dem Sinne, daß der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher gesetzlich zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, diese Verpflichtung durch Hypothekenbestellung erfüllen kann. Vergl. §§ 199, 202, 867, 988, 1005, 1013, 1020, 1295, 1524, 1547, 1549, 1551, 1689.

Aus dem Schweigen des Entwurfes über die gesetzlichen Titel zur Hypothek, welche in dem geltenden Rechte vorkommen, folgt an sich die Beseitigung derselben. Diese Folgerung kann jedoch mit Rücksicht auf das öffentliche Recht insoweit nicht als angemessen erachtet werden, als sie auch diejenigen gesetzlichen Hypothekentitel treffen würde, welche in einigen Bundesstaaten der Fiskus und gewisse Körperschaften und Stiftungen wegen ihrer Forderungen in Ansehung der Grundstücke des Schuldners haben. Das Einführungsgesetz wird deshalb bestimmen, daß die landesrechtlichen Vorschriften, in welchen diese Titel sich gründen, mit Einschluß derjenigen, nach welchen gewisse Behörden befugt sind, die Eintragung der Hypothek auf Grund des Titels zu verlangen und bei der Buchbehörde zu beantragen, unberührt bleiben, jedoch mit der Maßgabe, daß nur eine Sicherungshypothek einzutragen ist. Anm. zur Ueberschrift dieses Titels des Entwurfes.

[2]) § 1083.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 1, 8; bayr. Hypoth. Ges. § 1; sächs. G. B. § 387; altenb. Ges. § 3; preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30.

das Grundstück in Besitz nehmen und nach einer bestimmten Zeit zum Zwecke seiner Befriedigung verkaufen kann, findet nach heutigem Rechte eine Besitzentsetzung des Eigenthümers und eine Verwerthung des Grundstückes zu jenem Zwecke nur im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung statt. Diese Abweichung der modernen Hypothek von der römischen betrifft aber weniger die Natur des Rechtes, als die Art und Weise der Geltendmachung und Verwirklichung desselben. Das Wesen der Hypothek ist bedingt durch den Zweck derselben, die Befriedigung des Gläubigers aus der Sache, welche zur Sicherheit eingesetzt ist. Die Erreichung dieses Zweckes aber ist nur gesichert, wenn das Grundstück selbst dem Willen des Gläubigers unterworfen wird.

Der Entwurf läßt über seine Auffassung keinen Zweifel. Er bezeichnet die Hypothek ausdrücklich als eine Belastung des Grundstückes. Sie erstreckt sich auf das ganze Grundstück und alle einzelnen Bestandtheile desselben. Einer Verschlechterung ihres Gegenstandes kann der Gläubiger entgegentreten. Er ist befugt, zu verlangen, daß seine Forderung, sobald sie fällig ist, im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung des Grundstückes für ihn beigetrieben werde. Die Hypothek wird in ihrer Wirksamkeit weder von Verfügungen des Eigenthümers über das Grundstück, noch von der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners oder des Eigenthümers in Mitleidenschaft gezogen[1]).

b) Die Hypothek theilt mit dem Pfandrechte auch dessen akzessorische Natur. Sie dient zur Sicherung einer Forderung und kann folglich ohne eine solche nicht zur Entstehung gelangen. In ihrem Fortbestande hängt sie an sich von der Forderung ab, zu deren Sicherheit sie bestellt ist. Doch werden schon in den Quellen des röm. Rechtes Fälle erwähnt, in welchen das Pfandrecht nach Aufhebung der Forderung als fortbestehend behandelt bezw. auf eine andere Forderung übertragen wird. Das deutsche Recht kannte in der neueren Satzung eine dingliche Belastung der Grundstücke, welche für den Berechtigten den Anspruch auf Beitreibung einer Geldsumme aus dem Grundstücke erzeugte, immerhin jedoch eine Forderung zur Voraussetzung gehabt zu haben scheint. b) akzessorische Natur.

Die moderne Gesetzgebung hat nur in Mecklenburg und in den freien Städten Hamburg und Lübeck von dieser Voraussetzung abgesehen, in den übrigen Staaten dagegen das Prinzip der akzessorischen Natur der Hypothek nicht beseitigt, wenn auch zum Theil erheblich abgeschwächt. Die Abschwächung liegt einmal darin, daß in dem größten Theile Preußens und einigen anderen Staaten neben der akzessorischen Hypothek eine selbständige unter dem Namen Grundschuld eingeführt ist, sodann aber auch in der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung, sowie in der Zulassung der sog. Eigenthümerhypothek. Daß die Reichsgesetzgebung weder die Eigenthümerhypothek unterdrücken, noch auf den Schutz der Beleihung des Grundbesitzes durch den öffentlichen Glauben des Buches verzichten kann, ist bereits dargelegt worden. Im Uebrigen wird sich der Standpunkt des Entwurfes aus der folgenden Betrachtung des Verhältnisses zwischen Hypothek und Grundschuld ergeben.

---

[1]) Vergl. die §§ 1062, 1067, 1071—1075, 1078.

II. Hypothek und Grundschuld.

1. Die selbständige Hypothek:

1. Die Gesetze, welche die Hypothek als ein selbständiges Recht gestalten, scheiden sich in drei Gruppen:

a) in Hamburg und Lübeck;

a) Die erste Gruppe bilden die in Hamburg und Lübeck geltenden Gesetze. In beiden Staaten hat sich das Hypothekenrecht, soweit es hier in Betracht kommt, materiell übereinstimmend, unbeeinflußt von der römischen Pfandrechtstheorie, im Anschlusse an die alten Formen des Rentenkaufes und der Satzung entwickelt. Das Ergebniß der Entwickelung zeigt sich am deutlichsten in dem hamb. Ges. über Grundeigenthum und Hypotheken v. 4. Dezember 1868. Nach diesem Gesetze wird der Realkredit durch Hypothekposten vermittelt. Dieselben zerfallen in Kapital- und Rentenposten. Das Gesetz bestimmt unter Anderem Folgendes:

„Grundstücke können in den Hypothekenbüchern künftig nur mit fest bestimmten in Geldsummen dargestellten Kapitalposten oder dauernden Renten belastet werden. Bei jeder neu einzutragenden Rente ist die Kapitalsumme hinzuzufügen, mit welcher der Grundeigenthümer sie abzulösen befugt ist. Das Recht aus einem Kapital- oder Rentenposten wird durch die Einschreibung oder Umschreibung desselben in den Hypothekenbüchern erworben. Die Zustimmung des Erwerbers ist zu solchen Eintragungen nicht erforderlich. Seinem Umfange nach erstreckt sich das Recht des Hypothekgläubigers auf das ganze Grundstück, dessen sämmtliche Theile und Zubehörungen. Jeder in die Hypothekenbücher eingetragene Kapitalposten begründet bis zum Beweise einer entgegenstehenden Verabredung auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigenthümers gegen den Hypothekgläubiger. Der Letztere kann jedoch in Betreff des Kapitales diese Verbindlichkeit gegen die Person und das Vermögen des Schuldners, und zwar ohne daß es einer Loskündigung bedarf, erst dann geltend machen, wenn und soweit seine Forderung nicht bei einer Zwangsversteigerung des Grundstückes durch den Verkaufserlös gedeckt oder im Verkaufstermin kein genügendes Gebot gemacht worden ist. Die persönliche Verbindlichkeit geht auf jeden späteren Eigenthümer des belasteten Grundstückes durch dessen Zuschreibung an ihn von selbst über. Der frühere Eigenthümer wird aber nur dann davon befreit, wenn der Gläubiger ihn ausdrücklich seiner Verpflichtung entläßt oder den Nachfolger als seinen Schuldner anerkennt. Diese Anerkennung gilt namentlich dann als stillschweigend erfolgt, wenn dem neuen Eigenthümer eine Zinsquittung ohne Vorbehalt ertheilt oder der Posten demselben ohne Vorbehalt gekündigt ist“[1]).

Von einer Forderung, deren Sicherung die Eintragung bezweckte, ist in dem Gesetze nicht die Rede. Der Anspruch aus einem eingetragenen Posten hat vielmehr seinen Rechtsgrund lediglich in der Eintragung und kann daher von dem Eigenthümer nur insoweit abgewendet werden, als dies nach dem Grundsatze der formalen Rechtskraft des Buchinhaltes überhaupt zulässig ist[2]). Die Hypothek ist ein selbständiges Recht, durch welches das Grundstück be-

---

[1]) Ges. v. 4. Dezember 1868 §§ 11, 28, 31, 33, 34.

[2]) Siehe oben S. 137 ff.

laftet und zugleich eine subsidiäre Zahlungspflicht des Eigenthümers hervorgerufen wird.

Für Lübeck fehlt es an einer Kodifikation des materiellen Hypothekenrechtes. Die meist nur die Einrichtung der Bücher und das Verfahren regelnden Gesetze — die Stadtbuch O. v. 1818 und die Hypoth. O. (für das Gebiet) v. 1820, sowie die für den ganzen Staat erlassene Hypoth. O. v. 5. Mai 1880 — lassen jedoch erkennen, daß die Hypothek wesentlich ebenso wie in Hamburg aufgefaßt wird. Die persönliche Haftung des Eigenthümers für den Anspruch des Hypothekengläubigers ist in einer Verordnung v. 25. März 1848 geordnet.

b) Die zweite Gruppe besteht aus den bezüglichen Gesetzen Mecklenburgs. b) in Mecklenburg; Die Reformen des Hypothekenrechtes, welche hier im Anfange dieses Jahrhunderts eingeführt wurden, knüpften an die Vorgänge in Preußen an. Erst die rev. Hypoth. O. für Landgüter v. 18. Oktober 1848 stellt, um den Gläubiger möglichst zu sichern und hierdurch den Realkredit zu heben, unter § 16 folgende Sätze auf: „1. Durch die Eintragung werden keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Gutes existent; und ist 2. der Antrag auf Eintragung durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalb Alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen. 3. Ein späterer Eigenthümer des Gutes ist als solcher für seine Person nicht verhaftet".

Bei dieser ausdrücklichen Anerkennung der Unabhängigkeit des hypothekarischen Rechtes von einer Forderung bedarf es hier nicht eines Eingehens auf andere Bestimmungen, welche auf denselben Grundsatz zurückzuführen sind. Die aus der rev. Hypoth. O. für Landg. mitgetheilten Sätze sind meist wörtlich in die rev. Stadtbuch O. v. 21. Dezember 1857 § 19 sowie in die rev. Hypoth. O. für den Privatgrundbesitz in den Domänen 2c. des Großherzogthumes Mecklenb.-Strelitz v. 24. Dezember 1872 § 12 übergegangen. Die übrigen Hypothekengesetze sprechen das Selbständigkeitsdogma nicht ausdrücklich aus. Doch wird der Grundsatz des Rechtsbestandes und der Unumstößlichkeit der Eintragung, ohne daß eine Forderung zur Entstehung der Hypothek verlangt würde, in dem Gesetze über die Grund- und Hypothekenbücher für den Privatgrundbesitz in den schwerinschen Domänen v. 2. Januar 1854 und in anderen Hypothekenordnungen nicht minder scharf betont als in den drei oben bezeichneten Gesetzen.

c) Die dritte Gruppe bilden die Gesetze, welche eine selbständige Hypothek c) in Preußen 2c. unter dem Namen „Grundschuld" neben der akzessorischen Hypothek zulassen. Es sind dies das preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb 2c. v. 5. Mai 1872 und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, mit Ausschluß des Fürstenthumes Birkenfeld, für Coburg-Gotha, für Waldeck und Pyrmont, für Lippe und für Schaumburg-Lippe.

Die preußische Regierung hatte nach den Entwürfen, welche sie in den Jahren 1868—1871 dem Landtage vorlegte, die akzessorische Hypothek durch eine selbständige Hypothek ersetzen wollen. Begründet waren ihre Vorschläge durch den Hinweis auf die in neuerer Zeit hervorgetretene Richtung, die Hypothek nach dem Vorgange des mecklenb. Rechtes loszulösen von der

Gebundenheit an ein persönliches Schuldverhältniß, auf die in der landrechtlichen Hypothek des Eigenthümers gefundenen Keime der Entwickelung eines selbständigen Rechtes, auf die Unvereinbarkeit der akzessorischen Natur des Pfandrechtes mit der Stellung des Eigenthümers als Hypothekengläubigers und endlich auf den günstigen Einfluß, der von der Beschränkung der Einreden gegen die hypothekarische Klage auf die Geneigtheit der Kapitalisten zur Beleihung des Grundbesitzes zu gewärtigen sei. Im Landtage fand die Einfügung einer selbständigen Hypothek in das Rechtssystem keinen erheblichen Widerspruch. Indessen glaubte die Mehrheit des Herrenhauses die akzessorische Hypothek nicht entbehren zu können. Man beschloß deshalb, zwar die selbständige Hypothek der Regierungsvorlage unter dem Namen „Grundschuld" anzunehmen, daneben aber die akzessorische Hypothek beizubehalten, bezüglich derselben jedoch „die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse unbeschränkt" gegen die dingliche Klage zuzulassen. Dieser Beschluß weist darauf hin, daß man im Herrenhause neben der Grundschuld eine Hypothek gewollt hatte, welche wesentlich auf den Grundsätzen des röm. Rechtes beruhte, wenngleich ihre Entstehung von der Eintragung abhängig zu machen wäre. Freilich fand sich in dem Berichte der Kommission des Hauses die Bemerkung, daß „gegen die Klage aus einer Hypothek die Einreden *nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen* unbeschränkt aufrecht erhalten ... werden müßten". Allein diese allgemeine Verweisung auf das bisherige Recht konnte sehr wohl durch eine Ungenauigkeit in der Wahl der Worte erklärt werden. Im Abgeordnetenhause legte man jedoch gerade auf die Worte des Berichtes das entscheidende Gewicht, so daß es scheint, als sei die Mehrheit davon ausgegangen, die wahre Meinung des Herrenhauses sei nicht in dem formulirten Beschlusse sondern in dem zu dessen Rechtfertigung dienenden Kommissionsberichte zum Ausdrucke gelangt. Beschlossen wurde demgemäß, den Bestimmungen über die Einreden gegen die hypothekarische Klage eine Fassung zu geben, welche den Grundsätzen des A. L. R. über den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches entspricht. Bei den Beschlüssen des Abgeordnetenhauses ist es verblieben[1]).

Das Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc., welches aus diesen Beschlüssen hervorgegangen ist, giebt eine Begriffsbestimmung weder von der Hypothek noch von der Grundschuld. Die einzelnen Vorschriften indessen, welche es aufstellt, lassen keinen Zweifel, daß die Hypothek das zur Sicherung einer Forderung dienende Pfandrecht an einem Grundstücke, die Grundschuld dagegen das von einer Forderung unabhängige Recht auf Beitreibung einer bestimmten Summe aus dem Grundstücke ist. Beide Kategorieen sind dem Eintragungs- und dem Konsensprinzipe unterworfen. Aber während die Grundschuld lediglich auf Grund der von dem Bucheigenthümer erklärten oder durch ein Urtheil des Gerichtes oder das Ersuchen einer zuständigen Behörde ersetzten Bewilligung eingetragen wird, ist zur Eintragung der Hypothek außerdem die Angabe des Schuldgrundes und die Vorlegung der Schuldurkunde erforderlich. Die Grundschuld kann von vornherein auf den Namen des Eigenthümers eingetragen

[1]) Für das Vorstehende die Materialien bei *Werner*. die preuß. Grundb. und Hypoth. Ges. ꝛc., Th. 2 S. 21, 22, 53, 58, 132, 139, 148.

werden, die Hypothek dagegen nicht. Beide begründen die dingliche Klage gegen den Bucheigenthümer, welcher als solcher nur mit dem Grundstücke haftet. Gegen Einwendungen des Beklagten kann sich der Kläger auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches berufen[1]). Hypothek und Grundschuld stehen hinsichtlich dieses Punktes im allgemeinen unter demselben Prinzipe. Doch bestimmt der § 38 des Gesetzes: „Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind. Gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben".

Auf die Unterschiede zwischen den drei Kategorieen der selbständigen Hypothek ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. Es kommt zunächst nur auf den prinzipiellen Gegensatz an, in welchen dieselben zu der akzessorischen Hypothek treten. Um diesen Gegensatz auch im Ausdrucke zur Geltung zu bringen, empfiehlt es sich, nach dem Vorgange der preußischen Gesetzgebung, die selbständige Hypothek als Grundschuld zu bezeichnen.

2. Aufnahme der Grundschuld in das bürgerliche Gesetzbuch.

2. Die Anhänger der Grundschuld machen für dieselbe namentlich geltend, daß die geschichtliche Entwickelung des Hypothekenrechtes in Deutschland mit Nothwendigkeit dahin führe, die Hypothek als ein selbständiges Recht zu gestalten. Es ist auch in der That nicht zu leugnen, daß, wenn der Schutz, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches der Erwerbung dinglicher Rechte gewährt, bei der Hypothek auf die Forderung ausgedehnt wird, dies nicht geschehen kann, ohne das dingliche Sicherungsrecht von dem durch dasselbe zu sichernden persönlichen Rechte zu lösen. Denn wenn dem Erwerber einer eingetragenen Hypothek die Ungültigkeit der Forderung oder die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners bei der Rechtsverfolgung gegen das Grundstück nicht entgegengesetzt werden kann, so heißt das nichts Anderes, als daß die Hypothek zu einem selbständigen Rechte an dem Grundstücke geworden ist. Daß man sich juristisch das Verhältniß zurechtlegen kann, ohne die akzessorische Natur der Hypothek zu verleugnen, ist nicht von Belang. Denn der reale Erfolg ist und bleibt, daß der Hypothek ein von der Forderung unabhängiges Dasein zugestanden wird. Kann man aber das, was nach der römischen Pfandtheorie die Lebensbedingung des Pfandrechtes ist, der Hypothek entziehen, ohne dieselbe zu vernichten, so erscheint es nur folgerecht, wenn man insoweit die Verwendbarkeit dieser Theorie für das moderne Hypothekenrecht überhaupt bestreitet und die Lebensbedingung der Hypothek in einem anderen Momente sucht, als in dem persönlichen Schuldverhältnisse. Hat einmal die Eintragung die Kraft, die Hypothek nach deren Abtretung zu stützen, auch wenn die Forderung ungültig oder ihr Gegenstand demjenigen, welcher sie abgetreten

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 18, 19, 23, 27, 28, 30, 37.

hat, vor der Abtretung geleistet ist, so muß sie, da die Abtretung durch sich selbst das abgetretene Recht nicht ändern kann, auch im Stande sein, das hypothekarische Recht ohne Verbindung mit einer Forderung zu erzeugen, wenn nur die Absicht des Bestellers der Hypothek auf diesen Erfolg gerichtet ist. Für die logische Möglichkeit einer von dem persönlichem Schuldverhältnisse getrennten Hypothek macht es mithin keinen Unterschied, ob diese Trennung gleich bei der Entstehung oder erst nach der Uebertragung der Hypothek auf eine dritte Person zugelassen wird.

Läßt man die Begründung des Rechtes ohne Rücksicht auf eine Forderung zu, so vereinfacht sich das Verhältniß ungemein. Es braucht dann das persönliche Schuldverhältniß weder bei der Eintragungsbewilligung aufgedeckt noch in dem Eintragungsvermerke berücksichtigt zu werden. Das eingetragene Recht schöpft seine Gültigkeit und Wirksamkeit lediglich aus seiner dinglichen Voraussetzung. Ungültige Eintragungen sind nur für die seltenen Fälle denkbar, in welchen dieser Voraussetzung, d. h. dem dinglichen Vertrage oder dem Surrogate desselben, ein wesentlicher Mangel anhaftet. Der Gläubiger ist prozessualisch in hohem Grade sichergestellt, weil sein Anspruch aus dem gültig begründeten Rechte nur im Wege der Kondiktion von dem Eigenthümer entkräftet werden kann. Die Grundschuld läßt sich zu verschiedenen Zwecken verwenden. Ihre Bestellung kann Zug um Zug gegen Hergabe des Kapitales seitens des Berechtigten geschehen; sie kann aber auch in der Absicht vorgenommen werden, eine bestehende Schuld zu tilgen, oder die künftige Tilgung zu sichern. Alles ist in dieser Hinsicht den Vereinbarungen der Betheiligten überlassen. In der Praxis hat sich die Grundschuld durchaus bewährt. Mit dem Realkredite ist es kaum irgendwo so gut bestellt wie in Mecklenburg und in Hamburg und Lübeck[1]). Selbst für Preußen, wo thatsächlich weit mehr Hypotheken als Grundschulden zur Eintragung gelangen, sind abfällige Urtheile über die Grundschuld, die sich auf ungünstige Erfahrungen stützten, nicht zu verzeichnen.

Muß hiernach die Reichsgesetzgebung davon ausgehen, daß die Grundschuld in mindestens gleichem Maße wie die (akzessorische) Hypothek geeignet ist, dem Realkredite als Rechtsform zu dienen, so erhebt sich die Frage, ob die eine oder die andere Form ausschließlich oder ob beide in dem bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme finden sollen.

3. Unentbehrlichkeit der (modernen) akzessorischen Hypothek.

3. Der oben angedeutete Entwicklungsgang des Hypothekenrechtes scheint die Verdrängung der Hypothek durch die Grundschuld zu verlangen. Dabei handelt es sich indessen nur um den Ersatz der auch in Ansehung der Forderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützten Hypothek. Die bloße Sicherungshypothek, welche dieses Schutzes nicht theilhaftig und folglich nicht verkehrsfähig ist, vermag in befriedigender Weise den Realkredit nicht zu vermitteln; sie dient anderen Zwecken, auf welche später besonders einzugehen ist.

---

[1]) Siehe die stenogr. Berichte über die Enquete, betr. das Hypothekenbankwesen, S. 2, 28, 29, den Bericht des Ausschusses der hamburgischen Bürgerschaft, betr. den Entwurf eines Hypoth. Ges. (1866), S. 1, 21, 27, v. Duhn, deutschrechtliche Arbeiten S. 90 ff.

Nachdem die Reform des Hypothekenrechtes in Preußen zur Annahme der Grundschuld geführt hatte, konnte man erwarten, daß andere deutsche Staaten in der nämlichen Richtung vorgehen würden. Diese Erwartung hat sich aber nur in beschränktem Maße erfüllt. Die preuß. Grundb. Gesetze v. 5. Mai 1872 sind zwar in mehreren Staaten nachgebildet worden. Allein in Braunschweig und Sondershausen ist dies nur mit Unterdrückung der Grundschuld geschehen, und in den übrigen Staaten, deren Gesetze nur mit der Hypothek operirten, hat man es hierbei belassen. Für Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden wird von Personen, welche Land und Leute kennen, mit voller Bestimmtheit versichert, daß für die dortigen Verhältnisse die Grundschuld nicht passe. Hinzutritt, daß auch in Preußen nicht die Grundschuld, sondern die Hypothek, obschon jene seit Oktober 1872 neben dieser zulässig ist, die regelmäßige Form für die Kapitalbelastung der Grundstücke bildet. Hat sich somit ein praktisches Bedürfniß für die Beibehaltung der Hypothek, wie solche bisher den Realkredit in dem größten Theile des Reiches vermittelte, zweifellos herausgestellt, so darf das bürgerliche Gesetzbuch sich nicht darauf beschränken, diejenigen, welche von der Grundschuld keinen Gebrauch machen wollen, auf die reine Sicherungshypothek zu verweisen; vielmehr muß es ihnen eine Hypothekenform bieten, welche die Funktion, die dieselbe jetzt zur Befriedigung des Realkreditbedürfnisses in den Geltungsgebieten des preuß. Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. neben der Grundschuld, in anderen Staaten aber, namentlich in Bayern, mit Ausschluß der Pfalz, sowie in Sachsen und Württemberg ausschließlich versieht, auch in Zukunft versehen kann, also eine Hypothek, welche auch insoweit, als sie den Einwendungen gegen die durch sie gesicherte Forderung ausgesetzt ist, unter den Schutz gestellt wird, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches den dinglichen Rechten gewährt.

4. Für die Struktur des Gesetzbuches wäre es unleugbar ein Gewinn, wenn dasselbe an einer Rechtsform für die Bethätigung des Realkredites sich genügen lassen könnte. Eine Verschmelzung der Hypothek mit der Grundschuld ist jedoch durch den begrifflichen Gegensatz zwischen beiden ausgeschlossen. Man hat freilich darauf hingewiesen, daß die Hypothek auch für eine Forderung, welche lediglich von einem abstrakten Schuldversprechen nach Maßgabe der §§ 683 und 684 getragen wird, bestellt werden könne und daß nichts entgegenstehe, einer ohne Bezeichnung einer Forderung erklärten Eintragungsbewilligung zugleich die rechtliche Bedeutung eines durch die Eintragung gültig werdenden Schuldversprechens beizulegen. Allein die Hypothek für eine bestehende Forderung ist ein akzessorisches Recht, auch wenn die Forderung auf einem abstrakten Versprechen beruht. Wenn aber die Eintragungsbewilligung ohne Rücksicht auf eine Forderung so gedeutet wird, daß ihr Aussteller verspricht, die Summe zu zahlen oder zu schulden, welche auf seine Bewilligung zur Eintragung gelangt, so hat man eine Hypothek, welche nicht sowohl zur Sicherung einer Forderung dient, als vielmehr die Forderung erzeugt, mithin eine selbständige Hypothek, die nur die Eigenthümlichkeit hat, daß mit ihr eine persönliche Haftung des Bestellers verbunden ist.

4. Verschmelzung der Hypoth. u. der Grundschuld

Hiernach kann es sich nur fragen, ob die Grundschuld überhaupt aufgegeben werden soll. Diese Frage aber muß verneint werden. Für die Be-

Regelung der Hypoth. u der Grundsch. in dem bürg Gesetzb

jahung wird hauptsächlich dreierlei geltend gemacht: die Fähigkeit der Hypothek, dieselben Zwecke wie die Grundschuld zu erfüllen; die Schwierigkeit, die letztere juristisch zu konstruiren; die Gefahr, welcher geschäftsunkundige und unerfahrene Leute ausgesetzt werden, wenn ihnen das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, mit Kapitalien, welche sie nicht schuldig sind, ihre Grundstücke zu belasten.

Zugegeben werden kann allerdings, daß die Hypothek, wenn sie zur Sicherung eines abstrakten Schuldversprechens bestellt ist, den Gläubiger allgemein und, wenn die Forderung auf einem besonderen Verpflichtungsgrunde beruht, wenigstens den dritten Inhaber der Hypothek ebenso günstig stellt wie die Grundschuld. Allein zu berücksichtigen ist auch der Eigenthümer, welcher nicht selten ein Interesse daran hat, Kapital auf sein Grundstück aufzunehmen, ohne sich persönlich haftbar machen zu müssen. Diesem nicht unberechtigten Interesse kann nur in dem Rahmen der Grundschuld genügt werden. Die Grundschuld ist aber auch um deswillen von Werth, weil die Eigenthümerhypothek nur bei Anerkennung des Dogmas von der Selbständigkeit des hypothekarischen Rechtes sich angemessen in das Rechtssystem einfügen läßt. Ein weiterer Grund hierfür ergiebt sich aus den Verhältnissen in denjenigen Gebieten, in welchen die selbständige Hypothek sich eingebürgert hat. Ihre Abschaffung würde hier voraussichtlich sehr nachtheilig auf den Verkehr einwirken, ganz abgesehen davon, daß mit den vorhandenen Hypotheken dieser Art die Reichsgesetzgebung noch weit über ein Menschenalter hinaus zu rechnen hat, ohne dieselben den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Hypothek unterwerfen zu können. Das Landesrecht würde also neben dem Gesetzbuche noch lange Zeit maßgebend bleiben für einen großen Theil des Hypothekenverkehres. Hierin aber läge ein Uebelstand, der nicht blos die Rechtseinigung in Deutschland schwer beeinträchtigen, sondern auch mit mancherlei Unzuträglichkeiten und Gefahren für das betheiligte Publikum verbunden sein würde.

Die Schwierigkeiten, welchen die juristische Konstruktion der Grundschuld begegnen mag, fallen für den Gesetzgeber nicht ins Gewicht, da nicht behauptet werden kann, daß sie irgendwo zu einer Rechtsunsicherheit geführt haben. Wäre dies aber auch der Fall, so würde daraus nur folgen, daß bei der Regelung des Institutes darauf Bedacht zu nehmen wäre, den hervorgetretenen Unzuträglichkeiten durch entsprechende Bestimmungen vorzubeugen. Im Uebrigen ist die juristische Konstruktion Aufgabe der Wissenschaft.

Der Einwand endlich, welcher aus der Rücksicht auf geschäftsunkundige und unerfahrene Grundbesitzer hergeleitet wird, geht weit über sein Ziel hinaus. Denn er trifft in gleicher Weise auch die Hypothek, wenn die durch eine solche gesicherte Forderung auf einem abstrakten Schuldanerkenntnisse oder Schuldversprechen beruht. Die Gefahr liegt nicht sowohl in dem Selbständigkeitsdogma, welches in der Grundschuld zur Geltung kommt, als vielmehr in der Loslösung des Rechtsverhältnisses von dessen obligatorischem Grunde. Eine Gesetzgebung aber, welche die allgemeine Wechselfähigkeit und die Gültigkeit abstrakter Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse nicht ablehnt, darf die Grundschuld nicht aus Scheu vor dem Mißbrauche zurückweisen, der mit derselben getrieben werden kann.

Wenn die Hypothek und die Grundschuld in dem bürgerlichen Gesetzbuche geregelt werden, so ist damit dem praktischen Bedürfnisse genügt, gleichviel ob dasselbe nach den obwaltenden Verhältnissen in den einzelnen Staaten mehr für diese oder für jene Belastungsform sich geltend macht. Keinesfalls kann daraus, daß die Grundschuld in großen Gebieten als nicht passend angesehen wird, gefolgert werden, daß den Bundesstaaten die Befugniß vorbehalten bleiben müsse, im Wege der Landesgesetzgebung die Grundschuld auszuschließen. Die Regelung der beiden Belastungsformen in dem Gesetzbuche bezweckt, den Betheiligten das Recht zu verleihen, im gegebenen Falle diejenige Form zu wählen, welche sie für die angemessenste halten. Diesem Zwecke gegenüber würde der fragliche Vorbehalt nichts Anderes heißen, als die Einzelstaaten ermächtigen, jenes Recht der Privaten aufzuheben, ein durch die Reichsgesetzgebung als zweckmäßig eingeführtes Institut als zweckwidrig für ein bestimmtes Gebiet zu beseitigen. Eine solche Ausnahme von der Regel, daß das Reichsrecht dem Landesrechte vorgeht, an sich schon sehr mißlich, erscheint hier um so weniger am Platze, als sie die Rechtseinheit für einen der wichtigsten Theile des Privatrechtes vereiteln und zugleich ein Präjudiz schaffen würde, welches den Zweck der gegenwärtigen Kodifikation noch auf anderen Gebieten gefährden könnte.

5. Zur scharfen Abgrenzung der einen Belastungsform gegen die andere kommt es vor Allem darauf an, über das Verhältniß der persönlichen Haftung zur dinglichen Haftung Klarheit zu gewinnen. Bei der Grundschuld haftet der Besteller derselben an sich nicht persönlich; der Berechtigte kann nur an das Grundstück sich halten. Bei der Hypothek dagegen bestimmt sich die persönliche Haftung durch die Forderung, zu deren Sicherheit dieselbe bestellt ist. Es kann freilich auch hier die Frage aufgeworfen werden, ob eine Schuld sich mit der Beschränkung begründen läßt, daß der Gläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur aus einem bestimmten Vermögensstücke des Schuldners suchen dürfe. Allein ein sachenrechtliches Bedürfniß zur prinzipiellen Entscheidung dieser Streitfrage des Obligationenrechtes ist nicht anzuerkennen. Das Sachenrecht hat an sich nur die dingliche Haftung zu regeln; die persönliche Haftung gehört dem Obligationenrechte an. Ist es nun aber ein Kennzeichen der Grundschuld, daß dieselbe ohne Rücksicht auf eine vorhandene persönliche Haftung entsteht, so wäre es wenig angemessen, bei der Hypothek, welche begrifflich zur Sicherheit für eine diese Haftung bedingende Forderung dient, die Beschränkung der Haftung auf die Kräfte des Grundstückes zu gestatten. Die Grenze zwischen der Hypothek und der Grundschuld würde hierdurch unleugbar verdunkelt oder gar verwischt werden. Um dies zu verhindern, geht der Entwurf davon aus, daß, wenn der Schuldner in der Eintragungsbewilligung seine Haftung auf die Kräfte des Grundstückes beschränkt, der Fall der Hypothek nicht gegeben ist, vielmehr nur eine Grundschuld eingetragen werden kann. 5. Persönliche und dingliche Haftung.

6. Ein anderer Punkt, welcher die Hypothek und die Grundschuld von einander scheidet, ist die Begründung des Rechtes durch Eintragung auf den Namen des Eigenthümers. Die großen Schwierigkeiten, welche der Einfügung dieses Rechtsinstitutes in den Rahmen der Hypothek entgegentreten, lassen sich 6. Eintragung auf den Namen des Eigenthümers.

in befriedigender Weise nicht lösen, weil es an einer Forderung fehlt, welche durch die Hypothek gesichert werden könnte. Wenn dagegen das Gesetz neben der akzessorischen Hypothek in der Grundschuld eine von einer Forderung unabhängige Hypothek anerkennt, so erledigen sich alle Bedenken einfach dadurch, daß die Frage, ob die Eintragung von vornherein auf den Namen des Eigenthümers soll erfolgen können, auf das Gebiet der Grundschuld beschränkt wird. Durch die Bejahung der gestellten Frage für dieses Gebiet wird dem praktischen Bedürfnisse da, wo es besteht, die Befriedigung gesichert.

Der Frage, ob eine bereits eingetragene Hypothek von dem Eigenthümer erworben und auf dessen Namen umgeschrieben werden kann und welchen Einfluß die Erwerbung des Grundstückes seitens des Gläubigers auf die Hypothek hat, wird hier nicht vorgegriffen.

III. Hypothekenbrief.

1. Geschichtliche Entwickelung der Hypothekenurkunde:

1. Die amtliche Ausfertigung einer Urkunde über die Eintragung kommt bereits im Mittelalter vor. Insbesondere waren es die gekauften Renten, welche dem Käufer verbrieft wurden. Der Rentenbrief hatte dann nicht selten die Bedeutung, daß das Recht auf die Rente nicht blos durch Auflassung, sondern auch durch Uebergabe des Briefes auf Grund einer Abtretungserklärung veräußert werden konnte[1]). Ein geschichtlicher Zusammenhang der modernen Hypothekenurkunde mit diesem alten Institute scheint jedoch nicht zu bestehen. Vielmehr lehnen sich die geltenden Gesetze, welche die Bildung einer Urkunde über die Eintragung vorschreiben, hierbei bald mehr bald weniger an die preuß. Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts und deren Nachbildungen an.

in Preußen.

Nach der preuß. Hypoth. O. v. 20. Dezember 1783 wurden über die Eintragungen in das Hypothekenbuch Urkunden in vim recognitionis ertheilt. Ein solcher Hypothekenschein bestand in einer beglaubigten Abschrift des Foliums; er wurde mit der Urkunde über das Recht des Erwerbers, im Falle der Hypothek mit der Schuld- und Pfandverschreibung zu einem förmlichen Instrumente verbunden. Das Hypothekeninstrument diente nicht blos zur Information in Ansehung der Post, über welche es lautete, sondern zugleich zur Legitimation des Berechtigten bei dem Hypothekenbuche. Sollte eine eingetragene Forderung gelöscht oder eine Veränderung (Abtretung, Verpfändung) bei ihr eingetragen werden, so war die Vorlegung des Instrumentes erforderlich, um dasselbe in Uebereinstimmung mit dem Buche zu erhalten[2]). Der Gläubiger konnte demnach mit voller Wirksamkeit über die Hypothekenforderung nur verfügen, wenn er sich im Besitze des Instrumentes befand.

Eine Vereinfachung der Urkunde wurde durch das Ges., betr. einige Abänderungen der Hypoth. O., v. 24. Mai 1853 §§ 14 ff. erzielt. Der Hypothekenschein als Bestandtheil des Instrumentes kam in Wegfall. Statt

---

[1]) Stobbe, deutsches Priv. R. § 204.

[2]) Hypoth. O. Tit. 2 §§ 37 ff., 169 ff., 221 ff., 241 ff., 301.

seiner wurde ein Auszug aus dem Buche angefertigt und mit der Schuldurkunde verbunden. In den Fällen der Abtretung, der Verpfändung, der Prioritätseinräumung und der theilweisen Löschung fand beim Mangel eines weiter gehenden Parteiantrages nur die Ertheilung eines abgekürzten Hypothekenbuchauszuges, in anderen Fällen die Bildung von Instrumenten nur auf besonderen Antrag statt. Die Grundb. O. v. 5. Mai 1872 hat dieses System noch weiter vereinfacht, indem sie unter §§ 119 ff. vorschreibt, daß Urkunden nur über die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden zu bilden sind. Die rechtlichen Funktionen dieser „Hypotheken- und Grundschuldbriefe" fallen im Wesentlichen mit denjenigen der alten Hypothekeninstrumente zusammen.

Das dingliche Recht des Gläubigers entsteht schon mit der Eintragung; aber seine wirksame Geltendmachung ist wesentlich davon abhängig, daß die Urkunde demselben ausgehändigt worden ist. Die Forderung kann nach den Vorschriften des Obligationenrechtes übertragen werden; aber der Erwerber kann ebensowenig wie der ursprüngliche Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen, wenn er nicht der legitimirte Inhaber des Hypothekenbriefes ist. Ein Verzicht auf die Urkunde ist zulässig. Wenn aber eine Verfügung über die Forderung eingetragen werden soll, muß ein Hypothekenbrief gebildet werden[1]).

2. Vergleicht man mit diesem Ergebnisse der Entwickelung des Institutes der Hypothekenurkunde das Recht der übrigen Bundesstaaten, so stellt sich Folgendes heraus: 2. Die Hypothekenurkunde

a) Die jüngsten Reformen des preuß. Hypothekenrechtes fußten wie in mehreren anderen Punkten so auch bezüglich der Hypothekenurkunde auf dem mecklenb. Rechte. Die preuß. Hypothekenbriefe sind in der Hauptsache eine Nachbildung der Hypothekenscheine, welche nach den Gesetzen Mecklenburgs über die Eintragung von Kapitalposten ausgefertigt werden[2]). Aus dem preuß. Rechte ist das Institut des Hypothekenbriefes in die Grundbuchgesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. übergegangen. Nach dem braunschw. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 8. März 1878 § 55 geht aber die rechtliche Bedeutung der Urkunde insofern noch weiter, als daselbst für die Abtretung der Hypothek das Erforderniß der Uebergabe des Briefes an den Erwerber aufgestellt ist. Dasselbe Erforderniß ist ferner in dem anhalt. Gesetze, betr. das Pfandrecht an Immobilien, v. 13. April 1870 § 35 vorgeschrieben. Den Hypothekenscheinen des Gesetzes für Rudolstadt v. 6. Juni 1856 §§ 71 ff. scheint eine ähnliche Auffassung wie den preuß. Hypothekenurkunden zu Grunde zu liegen. a) In Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig ꝛc.

---

[1]) Preuß. Grundb. O. v. 5. Mai 1872 §§ 79, 82—84, 86, 87, 91, 94, 110 bis 112, 115, 119—131; A. L. R. I, 11 §§ 395—400, I, 20 § 512.

[2]) Vergl. für beide Mecklenburg die Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 §§ 13, 17, 19, 21, 28—30 und die Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 §§ 16, 21, 22, 25, 28—31 in Verbind. mit der revid. Instr. für den Stadtbuchbetrieb §§ 20 ff.; ferner für Schwerin das Gesetz über die Grund- und Hypothekenbücher für den Privatgrundbesitz in den Domänen v. 2. Januar 1854 §§ 13, 16, 17, 19, 20, 22 ff.; für Strelitz die Hypoth. O. für den Privatgrundbesitz in den Domänen ꝛc. v. 24. Dezember 1872 §§ 11, 28 ff.

b) in Württemberg und Hessen.

b) In Württemberg wird dem Gläubiger ein Pfandschein ausgestellt. Im Falle eines Widerspruches zwischen dem Pfandbuche und dem Pfandscheine ist unter Umständen der letztere maßgebend. Die Löschung des Unterpfandsrechtes kann nur nach Beibringung des Pfandscheines vollzogen werden[1]). Ebenso wird in Hessen eine Hypothek, deren Eintragung auf der Urkunde über den Titel von der Buchbehörde vermerkt ist, nur nach Wiedereinreichung dieser Urkunde gelöscht[2]).

c) in Bayern, Weimar, Sachsen,

c) In Bayern werden nach dem Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 §§ 115, 170 ff. über die Eintragungen Rekognitionsscheine und, „wenn für eine Schuld eine Hypothek eingetragen wurde, ein förmlicher Hypothekenbrief ausgefertigt". Der Hypothekenbrief unterscheidet sich von dem Rekognitionsscheine im Wesentlichen nur durch den größeren Umfang seines Inhaltes, indem er außer der amtlichen Rekognition der Eintragung Auskunft über das Grundstück und die auf demselben haftenden Vorhypotheken giebt. Die bayerischen Hypothekenurkunden dienen zur Information der Betheiligten; sie haben lediglich die Natur eines Beweismittels, eines amtlichen Zeugnisses darüber, daß das Hypothekenbuch diejenigen Nachrichten enthält, welche die Urkunde aufgenommen hat[3]).

Wesentlich denselben Karakter haben die Pfandscheine in Weimar nach näherer Bestimmung des Ges. v. 6. Mai 1839 §§ 260 ff. und 324 ff.

Die Rekognitionsscheine und Hypothekenbriefe des königlich sächsischen Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betreffend, vom 6. November 1843 und der denselben nachgebildeten Gesetze enthalten weder eine nähere Beschreibung des Grundstückes noch eine Angabe über die Vorhypotheken. Im Uebrigen sind sie ebenfalls eine Nachbildung der bayerischen Urkunden[4]).

d) nach franz. Rechte.

d) Nach dem franz. G. B. hat der Hypothekenwahrer die Inskription der Hypothek auf dem einen Exemplar der bordereaux zu bekunden und dasselbe dann dem Antragsteller zurückzugeben. Zur Information der Betheiligten dienen Abschriften und Auszüge aus den Registern, welche Jedem ertheilt werden, der darum nachsucht. Läßt sich der Erwerber eines Grundstückes nach der Transskription seines Titels ein solches Zeugniß ertheilen, so gelten die darin etwa ausgelassenen Hypotheken ihm gegenüber als erloschen[5]).

Die Schuld- und Pfandurkunde, welche in Baden nach der Eintragung ausgefertigt wird[6]), scheint für das materielle Recht eine besondere Bedeutung nicht zu haben.

---

[1]) Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 14, 47, 149, 191 ff., 210 ff.; Hauptinstruktion §§ 147, 191 ff.

[2]) Ges., das Verfahren ꝛc. betr., v. 9. Januar 1859 Art. 9, 18 ff.

[3]) Vergl. Regelsberger, das bayr. Hypoth. R. § 21 S. 98.

[4]) Vergl. für das Königreich Sachsen die Verordn. v. 9. Januar 1865 §§ 185 ff., für Altenburg das Ges. v. 13. Oktober 1852 §§ 193 ff., für Reuß j. L. das Ges. v. 20. November 1858 §§ 192 ff., für Reuß ä. L. das Ges. v. 27. Februar 1873 §§ 192 ff.

[5]) Code civil Art. 2150, 2196, 2198.

[6]) Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher vom April 1868 § 103.

Die Gesetze für Hamburg und Lübeck kennen keine Hypothekenurkunden, sondern nur Auszüge aus dem Buche, deren Ertheilung an eine weitere Voraussetzung als die Entrichtung der tarifmäßigen Gebühren nicht geknüpft ist[1]).

Würdigung des Institutes.

3. Soweit die über die Eintragung der Hypothek von der Buchbehörde zu ertheilende Urkunde lediglich den Zweck hat, dem Gläubiger Kenntniß von der Eintragung zu verschaffen, bezw. einen liquiden Beweis für den Bestand des eingetragenen Rechtes in die Hand zu geben, liegt eine rein formale Einrichtung vor, welche in das Gebiet des Verfahrens fällt und deshalb bei der Aufstellung des Entwurfes einer Grundbuchordnung zu würdigen ist.

Soweit dagegen mit der Urkunde Wirkungen verbunden werden, welche das hypothekarische Recht selber treffen, ist dieselbe von materiellrechtlicher Bedeutung.

In den Landesgesetzen tritt dieser Standpunkt nicht überall klar hervor. Der Mangel an Klarheit zeigt sich insonderheit darin, daß verschiedene Gesetze, nach welchen das dingliche Recht des Gläubigers von der Hypothekenurkunde beeinflußt wird, in erster Linie die preußischen, diesen Einfluß nur aus denjenigen Vorschriften erkennen lassen, welche auf die Regelung der formalen Seite des Hypothekenwesens berechnet sind.

Nichtsdestoweniger hat sich der Hypothekenbrief in der Praxis vollauf bewährt. Der Verkehr lehnt sich mit Vorliebe an ihn an und gewinnt hierdurch eine Beweglichkeit, welche auf die Neigung der Kapitalisten, dem Realkreditbedürfnisse entgegenzukommen, auf das Günstigste einwirkt. Nachdem das Institut in dem größten Theile Preußens seit mehr als hundert Jahren und in einer Reihe anderer Bundesstaaten, wenn auch verschieden benannt und gestaltet, den Hypothekenverkehr vermittelt, ohne daß seine Beseitigung jemals ernstlich versucht wäre, kann nicht daran gedacht werden, dem Hypothekenbriefe das bürgerliche Gesetzbuch zu verschließen.

Bedenken gegen dasselbe.

Freilich hat auch diese Einrichtung ihre Schattenseiten. Einmal nämlich führt sie zu einer gewissen Abschwächung des Eintragungsprinzipes, indem die Urkunde zum Theil die Funktionen des Grundbuches versieht bezw. ergänzt. Sodann aber ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Hypothekenbrief den Inhalt des Buches nicht richtig wiedergiebt und folglich denjenigen täuscht, der sich auf ihn verläßt. Allein ein entscheidendes Gewicht kann diesen Unzuträglichkeiten nicht beigemessen werden. Die Abschwächung des Eintragungsprinzipes durch den Hypothekenbrief ist nur von theoretischem Belange und deshalb ohne Bedeutung gegenüber den praktischen Rücksichten, welche die Aufnahme dieses Institutes erheischen. Ein Widerspruch zwischen dem Briefe und dem Buche aber kann nur höchst selten vorkommen, wenn vorgeschrieben wird, daß zum Nachtheile des Gläubigers bei der Hypothek eine Veränderung in das Grundbuch nicht eingetragen werden darf, ohne daß der Hypothekenbrief vorliegt und die Eintragung auf ihm vermerkt wird. Eine solche Vorschrift ist in der That unerläßlich. Sie gehört aber, da sie zur Regelung des Verfahrens dient, in die Grundbuchordnung. Der Beamte, welcher sie verletzt,

Ueberwiegen der Vortheile.

[1]) Hamb. Ges. über Grundeigenthum und Hypotheken v. 4. Dezember 868 §§ 5, 28; lüb. Grundb. O. v. 5. Mai 1880 § 18.

macht sich verantwortlich. Die Eintragung selbst aber wird dadurch nicht ungültig, daß ihre Vermerkung auf dem Hypothekenbriefe unterbleibt. Bei einer Kollision zwischen dem Buche und dem Briefe muß ersteres vorgehen.

Eine Einschränkung erleidet die der Grundbuchordnung vorbehaltene Bestimmung in dem Falle, wenn die Hypothek bei der Zwangsversteigerung ausgefallen und dadurch erloschen ist. In diesem Falle kann die Löschung der Hypothek nicht von der Vorlegung des Hypothekenbriefes abhängig gemacht werden und folglich die Gefahr entstehen, daß der bisherige Gläubiger den Besitz der Urkunde dazu mißbraucht, das erloschene Recht, als ob es noch bestände, auf einen mit der Zwangsversteigerung unbekannten Dritten zu übertragen. Allein diese Gefahr darf nicht überschätzt werden. Einmal nämlich ist vorauszusetzen, daß die Zwangsversteigerung durch das mit der Ladung zu dem Versteigerungstermine zu verbindende Aufgebot der dinglich Berechtigten[1] eine gewisse Oeffentlichkeit erhalten wird. Sodann handelt es sich hier regelmäßig nur um Hypotheken, welche nicht zweifellos sicher sind und als solche schon durch den Inhalt der Urkunde sich zu erkennen geben. Wer eine so zweifelhafte Hypothek erwirbt, wird sich dabei entweder durch persönliche Rücksichten gegen den bisherigen Gläubiger oder den Eigenthümer oder aber durch den niedrigen Erwerbspreis leiten lassen. In jenem Falle kennt er von vornherein die Verhältnisse, und in diesem wird er als Spekulant sich nicht die Mühe verdrießen lassen, dieselben kennen zu lernen, und deshalb das Grundbuch einsehen. Als Gegenstände des Verkehres sind derartige Hypotheken von der Gesetzgebung nicht besonders zu berücksichtigen, zumal die bezüglich ihrer mit dem Institute des Hypothekenbriefes verbundene Gefahr kaum anders zu denken ist, als wenn man zugleich einen Betrug unterstellt, gegen den das Strafgesetzbuch Schutz zu gewähren bestimmt ist.

Rechtliche Natur des Hypothekenbriefes.

4. Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefes wird sich aus den Vorschriften ergeben, welche der Entwurf zur Regelung dieses Institutes aufstellt. Dabei wird es vornehmlich darauf ankommen, die Konsequenzen aus dem Zwecke desselben schärfer und deutlicher zu ziehen, als in den meisten Landesgesetzen geschehen ist. Der Hauptzweck des Briefes ist der, die Uebertragung der Hypothekenforderung zu erleichtern. Dieser Zweck aber kann möglichst vollständig nur erreicht werden, wenn die Uebertragung nicht nach § 828 an die Eintragung in das Grundbuch, sondern wie bei Wechseln und anderen Werthpapieren an die Uebergabe der Urkunde geknüpft wird. Eine solche Abweichung von dem Eintragungsprinzipe läßt sich aber gegenüber den Anforderungen, welche der Verkehr an die Regelung der Uebertragung stellt, nur rechtfertigen, wenn das Gesetz dafür sorgt, daß von der Uebertragung durch Uebergabe des Briefes mit derselben Sicherheit, welche die Eintragung in das Grundbuch bietet, Gebrauch gemacht werden kann. Der Inhaber des Hypothekenbriefes, auf welchen die Hypothekenforderung durch Abtretung oder durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen worden ist, muß daher, wenn die Uebertragungsurkunden auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen, über die Hypothek mit derselben Wirkung verfügen können, wie

[1] Oben S. 150 (3).

wenn er selbst die Eintragung als Gläubiger erlangt hätte. Der Schutz, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches dem Erwerber gewährt, erweitert sich auf diese Weise dahin, daß Mängel im Rechte eines nicht eingetragenen Vormannes, welche weder aus dem Grundbuche noch aus dem Hypothekenbriefe oder den Uebertragungsurkunden hervorgehen, dem Erwerber gegenüber die Wirkung versagen, es sei denn, daß sie bei der Erwerbung demselben anderweit bekannt geworden sind.

Diese Verbindung des Gläubigerrechtes mit dem Hypothekenbriefe nöthigt aber den Gesetzgeber, auch auf den Schutz des Eigenthümers bedacht zu sein. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann der Eigenthümer, wenn das Recht aus der Hypothek gegen ihn geltend gemacht wird, nur den Beweis des Rechtes bezw. der Erwerbung desselben seitens desjenigen verlangen, der als der Berechtigte auftritt. Dieser Beweis ist aber hier nicht genügend, weil er nicht ausschließt, daß der Erwerber der Hypothek inzwischen über dieselbe zu Gunsten eines Dritten verfügt hat. Hiergegen kann der Eigenthümer nur dadurch gesichert werden, daß ihm der Gläubiger durch Vorlegung des Hypothekenbriefes und der Erwerbungsurkunden beweisen muß, daß er noch jetzt der Gläubiger sei. Der Hypothekenbrief hat in dieser Beziehung Aehnlichkeit mit einem Orderpapiere, namentlich einem Wechsel; es besteht hauptsächlich nur der Unterschied, daß bei einem solchen das Indossament, hier die Abtretungserklärung, zum Beweise des Rechtsüberganges gehört. Die Parallele zwischen dem Hypothekenbriefe und dem Wechsel bewährt sich ferner darin, daß der Gläubiger, wenn er von dem Eigenthümer des Grundstückes, bezw. von dem Schuldner befriedigt wird, demselben die Urkunde auszuhändigen hat. Die weitere Durchführung des Prinzipes und die Modifikationen, welche dasselbe erleidet, werden bei Begründung der betreffenden Paragraphen dargelegt werden.

5. Während die Hypothek mit Hypothekenbrief (Briefhypothek) in großen Gebieten des Reiches als unerläßliche Stütze des Realkredites angesehen wird, hat sich in denjenigen Gebieten, in welchen das Grundbuch allein den Hypothekenverkehr vermittelt, ein Bedürfniß, hieran etwas zu ändern, bisher nicht herausgestellt. Die Reichsgesetzgebung hat daher keine Veranlassung, dem Verkehre in diesen Gebieten die Möglichkeit zu entziehen, an der Hypothek ohne Hypothekenbrief (Buchhypothek) festzuhalten. Ein Bedenken gegen die Zulassung dieser Kategorie macht sich um so weniger geltend, als auch in Preußen und Mecklenburg der Verzicht auf Ausfertigung der Hypothekenurkunde gestattet ist[1]), mithin neben der Briefhypothek auch die Buchhypothek vorkommt. Die Rechtseinheit wird hierdurch nicht beeinträchtigt, da die Zulassung zweier Kategorieen für das ganze Reich gelten und nur die thatsächliche Folge haben wird, daß in diesen Gebieten die eine, in jenen die andere Gattung an Zahl überwiegt. Eine Bestimmung freilich, wie die der preuß. Grundb. O. § 129, daß im Falle der Eintragung einer Veränderung bei einer Hypothek, über welche eine Urkunde nicht gebildet ist, die nachträgliche Bildung geschehen müsse, ist vom

5. Die Hypothek ohne Hypothekenbrief.

[1]) Preuß. Grundb. O. § 122; v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. § 20 S. 149. In Braunschweig ist der Verzicht unzulässig.

Standpunkte des Entwurfes nicht annehmbar. Vielmehr muß die Buchhypothek, um dem praktischen Bedürfnisse in den Gebieten ihrer Geltung zu genügen, gleichwerthig neben der Briefhypothek stehen, d. h. ebenso wie diese verkehrsfähig gestaltet werden. Eine solche Gestalt gewinnt die Buchhypothek, wenn bezüglich ihrer das Eintragungsprinzip in dem Sinne zur Durchführung gelangt, daß die Uebertragung der Hypothekenforderung von der Eintragung in das Grundbuch abhängig gemacht wird.

6. Verhältniß der Briefhypothek zur Hypothek ohne Hypothekenbrief.

6. Für die technische Behandlung der beiden Kategorieen in dem Gesetzbuche fragt es sich, ob der Hypothekenbrief von Amtswegen oder nur auf Antrag ertheilt werden soll. Nach denjenigen Gesetzen, welchen die Briefhypothek eigen ist, erscheint ein Antrag nicht erforderlich. Es erklärt sich dies daraus, daß dort die Buchhypothek der Verkehrsfähigkeit ermangelt und deshalb als die minderwerthige Form angesehen wird. Faßt man dagegen beide Formen als gleichwerthig auf, so muß der Fall der Buchhypothek als der Regelfall unterstellt werden. Denn da in dem Entwurfe die übrigen Rechte an Grundstücken, von der Grundschuld abgesehen, lediglich auf der Voraussetzung eines Grundbuches geordnet, mit einer außerhalb desselben bestehenden verkehrsfähigen Urkunde aber nicht in Verbindung gebracht sind, so liegt in der Zulassung einer Hypothek, bei welcher gewisse Funktionen des Buches von dem Hypothekenbriefe versehen werden, vom Standpunkte des Gesetzgebers eine Modifikation des normalen Verhältnisses. Demnach muß zunächst die Buchhypothek geordnet und im Anschlusse hieran die Briefhypothek durch nähere Bestimmung ihrer Abweichungen von dem Normalfalle geregelt werden.

Hiergegen wird freilich eingewendet, daß der Hypothekenverkehr in den bisherigen Geltungsgebieten der Briefhypothek es als eine Störung empfinden werde, wenn bei jeder Bestellung einer Hypothek zur Erlangung eines Hypothekenbriefes eine besondere Erklärung abgegeben werden müsse. Allein dieser Einwand erscheint nicht gerechtfertigt; denn die erforderliche Erklärung ist so einfach, daß die Nöthigung zu ihrer Abgabe Niemanden belästigen, geschweige denn eine Störung im Verkehre hervorrufen kann. Die geringe Mühe, welche sie verursacht, wird nur die Notare und die Grundbuchämter treffen, aber weder von diesen noch von jenen als eine Erschwerung der Geschäfte betrachtet werden. Mit der Ertheilung des Hypothekenbriefes von Amtswegen verbindet sich überdies die Unzuträglichkeit, daß weniger geschäftskundige Leute einen Hypothekenbrief erhalten, obschon sie ein Interesse an demselben nicht haben und, wenn ihnen ihr Recht zum Verzichte auf die Ausfertigung bekannt wäre, darauf verzichten würden, schon um dem Schuldner Kosten zu ersparen und sich selbst der Sorge um die Aufbewahrung der Urkunde überhoben zu sehen. Fälle, in welchen Hypothekenbriefe verloren gehen, sind durchaus nicht selten und die mit dem Aufgebote verbundenen Kosten und Weiterungen oft recht drückend. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, daß auch da, wo jetzt der Hypothekenbrief von Amtswegen ertheilt wird, bei dem Erfordernisse einer hierauf gerichteten Erklärung eine solche häufig zum Vortheile der Betheiligten unterbleiben wird.

Ein weiteres Bedenken wird daraus hergeleitet, daß bei jeder Hypothek, über welche ein Brief gebildet wird, dies in das Grundbuch eingetragen

werden müsse[1]). Allein diese Eintragung wird nur wenige Worte erfordern und deshalb weder die Geschäfte der Grundbuchämter vermehren noch eine Ueberfüllung des Buches herbeiführen. Wenn dagegen auf die vor der Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches bestellten, ohne Erwähnung des gebildeten Hypothekenbriefes eingetragenen Hypotheken hingewiesen wird, so muß die Frage, ob bezüglich dieser die nachträgliche Eintragung der Bildung des Briefes vorzuschreiben ist, der Entscheidung durch die in das Einführungsgesetz gehörenden Uebergangsbestimmungen vorbehalten bleiben.

IV. Sicherungshypothek.

1. Wenn das Gesetz den Schutz, welchen es durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches der Erwerbung dinglicher Rechte gewährt, bei der Hypothek auf die Forderung erstreckt, so läßt sich dies nur dadurch rechtfertigen, daß die Hypothek nur auf diesem Wege die im Interesse des Realkredites nöthige Verkehrsfähigkeit erlangen kann. Der Gesetzgeber muß aber auch die Fälle berücksichtigen, in welchen die Betheiligten von vornherein gar nicht die Absicht haben, in der Hypothek einen Verkehrsgegenstand zu schaffen, der Zweck der Hypothekenbestellung vielmehr einzig und allein der ist, Sicherheit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten. Nicht selten fordert schon die Rücksicht auf die Verhältnisse, daß die Hypothek nicht in den Verkehr gebracht werde; so namentlich wenn für die gegen einen Vormund aus der Verwaltung des Mündelvermögens oder gegen einen Beamten aus der Amtsführung entstehenden Forderungen eine Hypothek eingetragen wird. Auch kommt hier die sog. Kredithypothek in Betracht, da, wenn jemand einem Anderen für den ihm von demselben in laufender Rechnung zu gewährenden Kredit hypothekarische Sicherheit leistet, die Meinung beider die sein kann, daß die Hypothek nur für die dem Kreditgeber bei der Beendigung des Verhältnisses zustehende Forderung bestellt sein solle. In diesen und ähnlichen Fällen kann die Hypothek nach dem Zwecke, welchen die Betheiligten mit ihrer Begründung verfolgten, nur insoweit geltend gemacht werden, als die Forderung, zu deren Sicherheit sie eingetragen wurde, wirklich zur Entstehung gelangt und nicht bereits wieder aufgehoben ist. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches muß insoweit, als der dingliche Anspruch von der Forderung abhängt, ausgeschlossen sein, weil sonst der Eigenthümer gegenüber einem Sondernachfolger des Gläubigers in eine Lage gerathen könnte, welche jenem Zwecke zuwiderlaufen und mit der Gerechtigkeit sich nicht vereinigen lassen würde. 1. Bedürfniß.

Dem hiernach vorhandenen Bedürfnisse wird unter der Herrschaft derjenigen Gesetze, nach welchen die normale Hypothek auch in Ansehung der Forderung unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuches steht, durch die sog. Kautionshypothek Rechnung getragen. Doch sind die der Regelung dieser Kategorie dienenden Vorschriften äußerst spärlich. Das preuß. A. L. R. hat nur die Bestimmung: „Soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, soweit können dergleichen Ansprüche auch

[1]) Vergl. § 1106 Abs. 2.

durch Pfand oder Hypothek sichergestellt werden“[1]). Und in dem Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. heißt es unter § 24: „Wenn die Größe eines Anspruches zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Kautionshypotheken), so muß der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll“. Außerdem enthält dieses Gesetz nur noch unter § 67 den Satz, daß die §§ 63—66, welche die Eigenthümerhypothek betreffen, auf Kautionshypotheken keine Anwendung finden. Eine weitere Ausbildung hat die Kautionshypothek auch in den dem preuß. Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. in Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. nachgebildeten Gesetzen nicht erfahren. Die Gesetze anderer Staaten ergeben meist nur, daß auch für künftige Forderungen Hypothek bestellt werden kann, daß aber eine solche gleichwie die normale Hypothek stets mit einer bestimmten Summe als Ultimat in das Grundbuch bezw. das Hypothekenbuch eingetragen werden muß[2]). Das Erforderniß der Bestimmtheit des Betrages, durch welchen die Haftung des Grundstückes begrenzt wird, ist nur eine Konsequenz des Spezialitätsprinzipes, nach welchem das Grundbuch im Interesse der Rechtssicherheit darüber Auskunft geben muß, bis zu welchem Betrage das Grundstück kraft des hypothekarischen Rechtes in Anspruch genommen werden kann. Im Uebrigen scheint man es meist für selbstverständlich zu halten, daß nach der Natur des Rechtsverhältnisses bei der Kautionshypothek ein Anspruch aus der letzteren nur insoweit gegeben ist, als der Bestand der Forderung dem Eigenthümer nachgewiesen bezw. nicht von demselben ein die Forderung treffender Einwand erhoben und dargethan wird[3]).

2. Kautionshypothek.

2. Vom Standpunkte des Entwurfes ist die **Kautionshypothek** eine Unterart der **Sicherungshypothek**[4]). Das Wesen der letzteren aber besteht darin, daß auf dieselbe diejenigen für die normale Hypothek geltenden Vorschriften, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuches auf die Forderung erstrecken, keine Anwendung leiden[5]). Hieraus folgt dann, daß der Eigenthümer in der Vertheidigung gegen den hypothekarischen Anspruch, soweit dieselbe sich gegen die Forderung richtet, nicht beschränkt ist. Die weiteren Abweichungen der Sicherungshypothek von der normalen Hypothek können zweckmäßig erst später dargelegt werden. Einstweilen genügt es hervorzuheben, daß der Sicherungshypothek die Institute des Hypothekenbriefes und der Eigenthümerhypothek fremd sind[6]).

Eine Kautionshypothek kann nicht blos für eine zukünftige, sondern auch für eine gegenwärtige Forderung bestellt werden. Auch ist es nicht ganz korrekt,

---

[1]) A. L. R. I, 20 § 14.

[2]) Vergl. bayr. Hypoth. Ges. §§ 11, 19; sächs. G. B. §§ 370, 389; württemb. Pfandges. Art. 11; mecklenb. rev. Stadtb. O. § 13.

[3]) Siehe v. **Roth**, deutsches Priv. R. § 301, und die von demselben angeführten Schriftsteller, ferner **Siegmann**, sächs. Hypoth. O. S. 119, und **Fischer**, preuß. Priv. R. § 41 S. 244.

[4]) § 1129 Abs. 1.

[5]) § 1125.

[6]) §§ 1127, 1128.

wenn gesagt wird, die Kautionshypothek setze voraus, daß der Betrag der Forderung noch ungewiß sei. Denn die Ungewißheit ist an sich ein rein subjektiver Zustand, an welchen hier, wo es sich um das die Kautionshypothek objektiv von der normalen Hypothek unterscheidende Merkmal handelt, das Gesetz seine Vorschrift nicht knüpfen kann. Dieses Merkmal kann nur den Angaben der Betheiligten bei der Begründung des hypothekarischen Rechtes entnommen werden. Die normale Hypothek findet nur statt, wenn die Forderung nicht blos dem Grunde, sondern auch dem Betrage nach als eine bestimmte angegeben wird, gleichviel ob sie schon besteht oder nicht. Wird dagegen die Feststellung des Betrages der Forderung auf eine spätere Zeit vertagt, so kann nur eine Kautionshypothek eingetragen werden[1]).

3. Zwangshypothek.

3. Eine weitere Unterart der Sicherungshypothek ist die Zwangshypothek, welche nach dem Entwurfe an die Stelle der sog. Judikats- oder Judizialhypothek des geltenden Rechtes treten soll.

Franz. Judizialhypoth.

Die C. P. O. überläßt unter § 757 der Landesgesetzgebung die Bestimmung, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, im Wege der Zwangsvollstreckung seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist. Unter den Landesgesetzen geht in dieser Hinsicht am weitesten das franz. G. B. Nach Art. 2117 wird durch jedes Urtheil, ohne Rücksicht auf dessen Rechtskraft, und durch gewisse gerichtliche Akte eine Hypothek an den gegenwärtigen und zukünftigen Grundstücken des Schuldners begründet. Als solche Akte bezeichnet der Art. 2123 des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Die Judizialhypothek ist zwar nach Art. 2148 dem Inskriptionszwange unterworfen. Aber nur ihr Rang, nicht ihre Entstehung ist, wie aus Art. 2134 erhellt, durch die Inskription bedingt[2]).

Eintr. im Wege der Zwangsvollstr.

In Deutschland hat die Gesetzgebung diesen Gegenstand anders behandelt. Sie knüpft zunächst schon die Entstehung der Hypothek nicht an das Urtheil ꝛc., sondern an die auf Grund des Urtheiles bezw. des vollstreckbaren Titels erfolgende Eintragung in das Hypothekenbuch; auch unterliegt die Eintragung den allgemeinen Grundsätzen des Hypothekenrechtes, insonderheit dem Spezialitätsprinzipe. Im Uebrigen lassen sich die betreffenden Gesetze in zwei Gruppen scheiden.

in Württemberg und Hessen,

Die eine Gruppe lehnt sich an das richterliche Pfandrecht des gemeinen Rechtes an. Hierher gehören die Pfandgesetze für Württemberg Art. 46 und Hessen Art. 24, indem sie dem Gläubiger, wegen dessen Forderung die Zwangsversteigerung eines Grundstückes des Schuldners gerichtlich angeordnet ist, die Befugniß beilegen, die Forderung auf dieses Grundstück in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. In anderen Staaten wird das Recht auf Eintragung einer Hypothek durch Immission in das unbewegliche Vermögen des Schuldners erworben; die Grundstücke, auf welche die Eintragung erfolgt, bestimmt der Richter; so namentlich in Meiningen nach den Gesetzen v. 15. Juli 1862

---

[1]) §§ 1062, 1129.

[2]) Die franz. Judizialhypothek hat in Baden ihren Karakter beibehalten. Vergl. die Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher vom April 1868 §§ 109 ff.

Art. 16 und v. 2. Mai 1865 § 1. In Bayern, wo nach dem Hypothekengef. v. 1. Juni 1822 § 12 Nr. 12 ebenfalls die Immission Voraussetzung des Hypothekentitels war, ist dieser Standpunkt von der Gesetzgebung aufgegeben worden[1]).

in Preußen, Bayern, Sachsen ꝛc.

Die Gesetze der zweiten Gruppe verwerthen den Gedanken, auf welchem die franz. Judizialhypothek beruht, in den Grenzen, die demselben durch das moderne Hypothekenrecht gezogen sind. Geschichtlich nehmen sie ihren Ausgang von der älteren Gesetzgebung Preußens. Hier bestimmte nämlich für den Geltungsbereich der Allg. Ger. O. die Verordn. v. 4. März 1834 § 22: „Der Gläubiger erwirbt durch solche Erkenntnisse, Vergleiche und Zahlungsverfügungen, aus welchen eine Exekution stattfindet, für Kapital, Zinsen und Kosten, und für die Kosten der Eintragung, einen Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner zugehörigen Immobilien". Dieser Titel wurde dadurch verwirklicht, daß unabhängig von dem Willen des Schuldners eine Hypothek für die Forderung des Gläubigers im Wege der Exekution eingetragen wurde. Durch das Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 §§ 1, 6—12 ist der Gegenstand, und zwar für den Geltungsbereich der Grundb. O. v. 5. Mai 1872, neu geordnet. Danach kann der Gläubiger, sobald seine Forderung vollstreckbar ist, die Eintragung auf die Grundstücke des Schuldners verlangen. Ist die Forderung nur vorläufig oder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar oder besteht der Schuldtitel in einer vollstreckbaren Urkunde oder in einem vollstreckbaren Vergleiche, so wird die Hypothek nicht endgültig, sondern nur als Vormerkung eingetragen. In Bayern, wo die Zwangshypothek durch das Gesetz v. 29. Ma. 1886 Art. 40 ff. ebenfalls neu geregelt ist, kann der Gläubiger in allen Fällen zunächst nur die Vormerkung einer Hypothek verlangen. Die endgültige Eintragung findet erst statt, nachdem durch ein besonderes Verfahren vor dem Hypothekenamte festgestellt ist, daß der Schuldner Einwendungen gegen den Anspruch oder das Vollstreckungsrecht des Gläubigers in der vorgeschriebenen Weise nicht geltend gemacht hat. In Sachsen (Königreich), Oldenburg, Weimar, Altenburg, Coburg-Gotha, Sondershausen und beiden Reuß ist die materiellrechtliche Seite der Zwangshypothek wesentlich ebenso geordnet wie in Preußen[2]).

---

[1]) Bisher war es streitig, ob die Vorschrift des Hypoth. Ges. § 12 Nr. 12 noch Geltung hatte. (Graf, in seiner Ausgabe des v. Gönnerschen Kommentars 3 S. 23; Regelsberger, das bayr. Hypoth. R. § 50 Nr. 7). Jetzt entscheidet das Gesetz, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen betr., v. 29. Mai 1886 Art. 40 ff.

[2]) Sächs. G. B. § 394 und Ges., einige mit der C. P. O. zusammenhängende Bestimmungen enthaltend, v. 4. März 1879 §§ 10, 11; weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839 § 48 und Ges. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen v. 12. Mai 1879 § 9; Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg v. 13. Oktober 1852 § 41, Sondershausen v. 20. Juli 1857 § 39, Reuß j. L. v. 20. November 1858 § 41 und ä. L. v. 27. Februar 1873 § 43; Ges. über die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm. für Oldenburg v. 2. April 1879 Art. 9 und Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 2.

Standpunkt des Entw.

Bei der Richtung, welche hiernach die Entwickelung des Landesrechtes genommen hat, kann von einer Verwerthung der vollstreckbaren Schuldtitel als Mittel zur Erlangung einer Hypothek in dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht abgesehen werden. Irrig wäre es freilich, wenn man davon ausgehen wollte, daß der Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Anspruch auf Zahlung hat, eine mindere als die ihm zustehende Leistung fordere, wenn er, anstatt auf der sofortigen Verwirklichung seines Anspruches durch Zwangsveräußerung eines Grundstückes des Schuldners zu bestehen, zunächst nur die Eintragung einer Hypothek auf dasselbe verlange. Denn die Leistung, zu welcher der Schuldner nach Inhalt des Schuldtitels verpflichtet ist, erleidet durch die Vollstreckbarkeit des letzteren keine Aenderung. Der Gläubiger, welcher nicht die ihm gebührende Zahlung, sondern eine Hypothek beansprucht, fordert mithin in der That etwas Anderes, als das, wozu er berechtigt ist. Allein der Verkehr hat sich unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes in dem weitaus größten Theile des Reiches[1]) an das Institut der Zwangshypothek gewöhnt, und die Billigkeit spricht auch dafür, in Fällen, in welchen der Gläubiger zu schonender Behandlung des Schuldners geneigt ist, die Möglichkeit zu gewähren, die Schonung ohne Gefährdung seines eigenen Interesses zu üben. Diese Erwägung ergiebt zugleich, daß nicht der beschränkte Titel zur Hypothek, welcher in Württemberg ꝛc. mit dem vollstreckbaren Schuldtitel verbunden wird, sondern nur eine den Gesetzen der zweiten Gruppe entsprechende allgemeine Zulassung der Zwangshypothek dem praktischen Bedürfnisse genügen kann.

Gestaltung der Zwangshypothek.

Was nun die Gestaltung des Institutes in dem bürgerlichen Gesetzbuche betrifft, so ist an dieser Stelle zu entscheiden, ob für den Gläubiger nur eine Sicherungshypothek oder aber auch eine normale Hypothek soll eingetragen werden können. Ist die Forderung nur vorläufig vollstreckbar, so wird nach dem geltenden Rechte auch die Hypothek nur vorläufig eingetragen, so zwar, daß dem Schuldner die Einwendungen gegen die Forderung, wenn diese auf einen Dritten übertragen wird, erhalten bleiben. Eine vorläufige Eintragung in diesem Sinne ist aber dem Entwurfe unbekannt. Der Entwurf kann daher, wenn er den Schuldner gegen die Gefahren, welche mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verknüpft sind, schützen will, diesen Schutz nur in dem Rahmen der Sicherungshypothek gewähren. Nicht wesentlich anders stellt sich das Verhältniß für den Gesetzgeber, wenn das Urtheil rechtskräftig bezw. der nicht in einem Urtheile bestehende Schuldtitel endgültig vollstreckbar ist. Auf das geltende Recht kann man sich nicht dafür berufen, daß in diesen Fällen dem Gläubiger eine normale Hypothek gebühre. Das preuß. Recht spricht zwar hierfür, wenn von den vollstreckbaren Urkunden und Vergleichen abgesehen wird, und denselben Standpunkt nehmen die Gesetze einiger anderer Bundesstaaten ein. Aber für Preußen erklärt sich der Stand der Frage rein geschichtlich daraus, daß die Gesetzgebung, als sie im Jahre 1834 die Zwangshypothek einführte, des Gegensatzes zwischen normaler Hypothek und Sicherungshypothek sich nicht bewußt gewesen ist und auch bei der Reform des Grund-

[1]) In Mecklenburg, Braunschweig und einigen anderen Staaten ist die Judikatshypothek unbekannt.

buchrechtes im Jahre 1872 die Kautionshypothek nicht erschöpfend geregelt hat. In großen Gebieten, namentlich überall da, wo das franz. Recht gilt, hat die Hypothek überhaupt den Karakter der Sicherungshypothek, und bezüglich des sächs. Grundbuchrechtes scheint die Auffassung sich zu rechtfertigen, daß die Zwangshypothek stets die Natur einer Sicherungshypothek im Sinne des Entwurfes hat[1]).

Für den Standpunkt des preuß. Rechtes wird freilich geltend gemacht, daß der Gläubiger eine Hypothek erhalten müsse, welche geeignet sei, ihn zu bestimmen, von der Zwangsveräußerung des Grundstückes abzusehen, mithin eine normale Hypothek, weil regelmäßig nur eine solche sich in Geld umsetzen lasse. Allein hierbei wird nur die Lage des Gläubigers, nicht auch diejenige des Schuldners in Betracht gezogen. Der Gläubiger kann im Wege der Vereinbarung mit dem Schuldner eine normale Hypothek erlangen, und wenn es zu einer solchen nicht kommt, so bleibt ihm doch immer das Recht, die Zwangsversteigerung des Grundstückes nachzusuchen; er erreicht auch, soweit es ihm um dingliche Sicherheit zu thun ist, durch eine Sicherungshypothek genau dasselbe wie durch eine normale Hypothek. Der Schuldner dagegen wird in seiner Rechtsstellung erheblich gefährdet, wenn ohne seine Zustimmung eine normale Hypothek für den Gläubiger eingetragen werden kann. Denn er verliert das Recht, die ihm gegen die Forderung zustehenden Einreden dem Anspruche aus der Hypothek entgegenzusetzen, sobald über diese zu Gunsten eines mit der Sachlage nicht bekannten Dritten verfügt wird. Das Vorhandensein solcher Einreden aber ist durchaus nicht so selten. Man darf nicht übersehen, daß Einreden, welche nach der letzten mündlichen Verhandlung zur Entstehung gelangen, in der Exekutionsinstanz noch zulässig sind, daß die Zwangsvollstreckung und folglich auch die Eintragung einer Hypothek nicht blos aus rechtskräftigen Urtheilen, sondern auch aus anderen vollstreckbaren Titeln stattfindet und daß die Vollstreckungsklausel aus verschiedenen Gründen von dem Gerichte zurückgenommen werden kann.

Den Gefahren, welche hiernach mit einer normalen Hypothek verbunden sein würden, läßt sich in dem Rahmen derselben nicht vorbeugen. Dem praktischen Bedürfnisse wird aber auch vollständig Rechnung getragen, wenn der Gläubiger dafür, daß er auf die Zwangsversteigerung nicht dringt, volle dingliche Sicherheit für seine Forderung erhält. Die Sicherungshypothek ermöglicht überdies eine Ordnung des Verfahrens, bei welcher der Gläubiger auf schnellerem und weniger kostspieligem Wege zum Ziele gelangt, insofern nämlich, als ihm gestattet werden kann, die Eintragung unmittelbar bei dem Grundbuchamte nachzusuchen, während das Gesetz, wenn es eine normale Hypothek zuließe, zum Schutze des Schuldners kaum auf die Vermittelung des Gerichtes würde verzichten können. Auch wird das Gesetz einfacher, wenn es die Zwangshypothek nur als Sicherungshypothek anerkennt.

4. Arresthypothek.

4. Nahe verwandt mit der Zwangshypothek ist die Arresthypothek. Während dem franz. Rechte der Arrest auf Grundstücke des Schuldners unbekannt ist, erscheint er in dem gemeinen und dem preuß. Rechte als ein

[1]) Sächs G. B. §§ 394, 397, 429.

überaus praktisches Rechtsinstitut. Die C. P. O. bestimmt unter § 796: „Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruches statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann". In das bewegliche Vermögen wird der Arrest durch Pfändung vollzogen. Die Pfändung, so heißt es in dem § 810, „erfolgt nach denselben Grundsätzen wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den in § 709 bestimmten Wirkungen". Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich in Gemäßheit des § 811 nach den Landesgesetzen. Zum Verständnisse der letzteren muß auf das ältere preuß. Recht zurückgegangen werden.

Eintragung des Arrestes 1. in Preußen;

Nach der Allg. Ger. O. I, 29 §§ 35, 53 hatte der Richter, welcher einen Arrest anordnete, die zur Sicherheit des Arrestanten erforderlichen Verfügungen zu erlassen, namentlich die Veräußerung und Verpfändung der verkümmerten Sache zu verbieten. Um diesem Verbote bei Grundstücken absolute Wirkung gegen Dritte zu sichern, gestattete die Praxis die Eintragung des Arrestes in das Hypothekenbuch. Nach einem Plenarbeschlusse des vormaligen Obertribunales v. 30. Mai 1842 konnte „ein erst später auf eben dieses Grundstück eingetragener Hypothekengläubiger, bei eintretender Unzulänglichkeit der zur Hypothek verschriebenen Sache, zum Nachtheile des Arrestanten von seinem Hypothekenrechte nicht Gebrauch machen"[1]). Die Streitfragen über die rechtliche Natur des eingetragenen Arrestes, welche an den Plenarbeschluß sich knüpften, verschärften sich in Folge des Ges. v. 24. Mai 1853, da dieses unter § 52 den Arrest in die für Hypotheken bestimmte dritte Rubrik des Hypothekenbuches verwies. Sie setzten sich unter der Herrschaft der Gesetze v. 5. Mai 1872 fort, da weder das Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. noch die Grundb. O., durch deren § 143 das Ges. v. 24. Mai 1853 aufgehoben wurde, die Eintragung des Arrestes regeln. Auch die Rechtsprechung des Obertribunales war keine einheitliche. Während nämlich der dritte Senat desselben in dem eingetragenen Arreste nur eine durch das Hypothekenbuch veröffentlichte Beschränkung des Eigenthümers in der Verfügung über das Grundstück erblickte, ging der vierte Senat davon aus, daß der Arrest durch seine Eintragung dingliche Wirkung erlange, so zwar, daß nach rechtskräftiger Feststellung der Forderung des Arrestanten auf dessen Verlangen eine Hypothek an der Stelle des Arrestes eingetragen werden müßte[2]). Das vormalige Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht entschieden sich für die von dem dritten Senate des Obertribunales vertretene Auffassung[3]).

Wirkung der Eintragung;

Streitfragen.

Durch die Gesetzgebung ist schließlich der Standpunkt des vierten Senates zur Geltung gelangt. Das Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 bestimmt nämlich unter § 10: „Soll

Vormerkung;

---

[1]) Präjud. 1135, Entsch. 8 S. 57.

[2]) Siehe die Uebersicht der bezüglichen Rechtsprechung und Literatur bei Turnau, Grundb. O. 2. Aufl. 1 S. 294 ff.

[3]) Entsch. des R. O. H. G. 16 S. 369; Entsch. d. R. G. in Civils. 3 S. 315, 4 S. 266, 5 S. 296.

ein Arrestbefehl vollzogen werden, so wird auf Antrag des Gläubigers eine Vormerkung zur Höhe des zu sichernden Geldbetrages eingetragen. An Stelle der Vormerkung erfolgt die endgiltige Eintragung nach den Vorschriften der §§ 6, 8, 9". Die angezogenen Paragraphen enthalten die Regelung der Eintragung einer vollstreckbaren Geldforderung als Hypothek.

2. in anderen Staaten.

In den übrigen Bundesstaaten sind die beiden Auffassungen, welche sich in Preußen gegenüberstanden, und daneben noch eine dritte vertreten.

a) Lediglich die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung verbinden mit dem eingetragenen Arreste die Gesetze für Sachsen, Württemberg, Hessen, Weimar, Braunschweig, Altenburg, Anhalt und Reuß ä. L.[1]).

b) Dingliche d. h. pfandrechtliche Wirkung hat die Eintragung des Arrestes in Bayern, Oldenburg, Coburg-Gotha, Hamburg und Lippe. Die Form der Eintragung ist in diesen Staaten, mit Ausnahme von Lippe, die Hypothekenvormerkung; in Lippe wird der Arrest als solcher eingetragen und hierdurch ein Pfandrecht begründet[2]).

c) In Mecklenburg wird die Vollziehung des Arrestes durch Eintragung einer Beschlagnahme zur Sicherung der Zwangsvollstreckung bewirkt, und diese Eintragung begründet für den Anspruch, für welchen der Arrest erwirkt ist, ein Vorzugsrecht vor denjenigen Gläubigern, welche nicht eingetragen sind oder erst später zur Eintragung gelangen[3]).

3. Reichsgesetzliche Regelung

Der Grund, aus welchem die C. P. O. die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für die Regelung der Vollziehung des Arrestes in Grundstücke aufrecht erhielt, erledigt sich mit der Herstellung eines einheitlichen Privatrechtes für das Reich[4]). Muß aber die Vollziehung des Arrestes in Grundstücke jetzt reichsgesetzlich geordnet werden, so läßt sich auch die in einer Reihe von Staaten bestehende Verschiedenheit in der Auffassung des Arrestes, je nachdem derselbe in eine bewegliche oder in eine unbewegliche Sache vollzogen wird, nicht mehr halten. Die Konsequenz erheischt, daß für den Gläubiger durch den Arrest dasselbe Recht begründet werde, gleichviel, welcher Kategorie von Sachen der Gegenstand

---

[1]) Siehe für Sachsen das bürg. G. B. §§ 143, 223, 224 und die Verordn. v. 9. Januar 1865 § 219; für Württemberg das Pfandgef. v. 15. April 1825 Art. 144 und das Gef. zur Ausf. der C. P. O. v. 18. August 1879 Art. 27; für Hessen das Gef., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 4. Juni 1879 Art. 6; für Weimar das Pfandgef. v. 6. Mai 1839 § 246; für Braunschweig das Gef., betr. die Ausführung d. d. Prozeßordnungen, v. 1. April 1879 § 4; für Altenburg das Gef., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 13. Oktober 1852 §§ 23, 151 Nr. 2 und das Gef., die Ausf. der C. P. O. betr., v. 25. März 1879 § 23; für Anhalt das Gef. zur Ausf. der C. P. O. v. 10. Mai 1879 § 23; für Reuß ä. L. das Ausf. Gef. v. 3. Mai 1879 §§ 54—58.

[2]) Bayr. Gef., Aend. der Best. über die Zwangsvollstr. ꝛc. betr., v. 29. Mai 1886 Art. 44; oldenb. Vollstreckungsgef. v. 2. April 1879 Art. 14; Gef. zur Ausf. der C. P. O. in Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 12; Hamburg v. 14. Juli 1879 § 19; Lippe v. 26. Juni 1879 § 19.

[3]) Verordn. zur Ausf. der C. P. O. in Mecklenb.-Schwerin und Strelitz v 21. Mai 1879 §§ 13 ff.

[4]) Vergl. oben S. 140.

des Arrestes angehört. Gründe, welche dazu nöthigten, diese Konsequenz zu durchbrechen, sind nicht vorhanden. Die nämlichen Rücksichten auf den Gläubiger, welche für das Arrestpfandrecht der C. P. O. bei beweglichen Sachen sprechen, machen auch hinsichtlich der unbeweglichen Sachen sich geltend. Freilich sind auch die Unzuträglichkeiten, welche mit jenem Pfandrechte verbunden sind, nicht zu unterschätzen. Allein es erscheint nicht rathsam, bei dieser Gelegenheit das Prinzip der C. P. O. fallen zu lassen. Nach Lage der Gesetzgebung kann der Vollziehung des Immobiliararrestes dingliche Wirkung nicht versagt werden. Vom Standpunkte derjenigen Gesetze, welche die Vormerkung als Mittel zur Erwerbung einer Hypothek verwerthen, mag es sich rechtfertigen, den Arrest in das unbewegliche Vermögen durch Eintragung einer Vormerkung zu vollziehen. Nach dem Entwurfe dagegen, dem eine Vormerkung in diesem Sinne unbekannt ist, kann in Konsequenz der Gestaltung, welche die Zwangshypothek gefunden hat, der Arrest nur durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen werden. Diese Hypothek hat gleichwie das Arrestpfandrecht die Richtigkeit der Forderung zur Voraussetzung; aber sie ist ebenso wenig wie dieses ein bedingtes Recht. Sie muß daher als eine unbedingte in das Grundbuch eingetragen werden.

5. Nach den bisherigen Erörterungen besteht ein praktisches Bedürfniß für die Sicherungshypothek in den Fällen der Kautionsleistung, der Zwangsvollstreckung und des Arrestes. Die Arresthypothek indessen fällt unter den Begriff der Kautionshypothek, da auch bei ihr die Feststellung des Betrages der Forderung vorbehalten bleibt. Die Zwangshypothek dagegen ist eine Sicherungshypothek mit festbestimmtem Geldbetrage. Der Entwurf beschränkt aber die Sicherungshypothek nicht auf diese Kategorieen, sondern läßt dieselbe ganz allgemein in dem Sinne zu, daß die Betheiligten auch in solchen Fällen, in welchen die Voraussetzungen der normalen Hypothek für sie gegeben sind, anstatt derselben eine Sicherungshypothek eintragen lassen können. Hiergegen wird zwar geltend gemacht, die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Sicherungshypothek für eine dem Betrage nach bestimmte Forderung sei weder dem bestehenden Grundbuchrechte entsprechend noch durch das Bedürfniß geboten; es sei zu besorgen, daß die doppelte Form zu Verwirrungen im Verkehre, zu Täuschungen und Beschädigungen führen werde. Allein diese Bedenken sind theils unzutreffend, theils unerheblich.

5. Sicherungshyp. bei feststehendem Betrage der Forderung.

Wenn einmal neben der Verkehrshypothek eine nicht verkehrsfähige Sicherungshypothek in dem Gesetzbuche geregelt wird, so fordert die Rücksicht auf die Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse, die Entscheidung darüber, welche der beiden Kategorieen im einzelnen Falle die passendere ist, den Betheiligten zu überlassen. Hat die Gesetzgebung selbst im Wechselrechte keinen Anstand genommen, dem Aussteller des Wechsels die Möglichkeit zu geben, sich die Einreden gegen einen dritten Inhaber des Wechsels durch Ausschließung des Indossamentes zu wahren[1]), so kann noch weniger im Hypothekenrechte dem auf die Erhaltung der Einwendungen gegen die Forderung gerichteten Willen des Eigenthümers die Bethätigung versagt werden. Unzuträglichkeiten

[1]) W. O. Art. 9.

für den Verkehr sind von der doppelten Hypothekenform nicht zu besorgen. Der Unterschied zwischen der normalen Hypothek und der Sicherungshypothek ist einfach und leicht verständlich, und einer Täuschung darüber, ob im einzelnen Falle die eine oder die andere Form vorliegt, wird dadurch vorgebeugt, daß das Grundbuch die erforderliche Auskunft giebt. Dazu kommt, daß fast jede Hypothek, die auf einem Rechtsgeschäfte beruht, als Sicherungshypothek gestaltet werden kann, so daß die befürchtete Gefahr durch die Beschränkung dieser Form auf die hervorgehobenen Kategorieen nicht einmal vermieden werden würde, daß ferner das Prinzip, nach welchem die Hypothekenforderung mittels Eintragung übertragen wird, eine Regelung angemessen erscheinen läßt, welche dem Eigenthümer die Möglichkeit gewährt, sich gegen die Gefahren dieses Prinzipes zu schützen. Die Bedürfnißfrage kann hier nicht entscheiden, da es sich nicht sowohl um die Annahme einer neuen Einrichtung, als vielmehr um die Gestaltung einer bereits angenommenen Einrichtung handelt. Deshalb ist es auch kaum von Belang, in welcher Ausdehnung die Kautionshypothek von den Landesgesetzen anerkannt ist. Dieses Institut ist bisher nur wenig entwickelt, während der Entwurf es erschöpfend regelt, um der vorhandenen Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse die rechtliche Anerkennung nicht vorzuenthalten. Hierbei erscheint es um so rathsamer, die Sicherungshypothek auch bei feststehendem Betrage der Forderung nicht auszuschließen, je größer in Deutschland die Gebiete sind, in welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches bisher nicht ein Prinzip des Hypothekenrechtes gewesen ist, die Hypothek vielmehr im Wesentlichen auf den Grundsätzen des röm. Rechtes beruht, mithin vielfache Berührungspunkte mit der Sicherungshypothek hat. Der Uebergang von dem alten Rechtszustande zu dem neuen wird gerade hierdurch erheblich erleichtert werden. Hinzu tritt endlich noch, daß eine Sicherungshypothek für Forderungen, deren Betrag feststeht, in der Zwangshypothek bereits gegeben ist.

V. Die übrigen in dem geltenden Rechte vorkommenden Realkreditformen.

1. Das Besitzpfand.

a) Geltendes Recht.

a) Das Besitzpfand hat bei Grundstücken praktische Bedeutung nur, wenn der Gläubiger mit dem Besitze der Pfandsache zugleich die Befugniß hat, die Früchte zu ziehen, sei es, daß er dieselben auf seine Forderung verrechnen oder aber durch den Fruchtbezug für den ihm entgehenden Gebrauch des Kapitales ohne Rechnungslegung entschädigt werden soll. Dieses sogenannte antichretische Pfandrecht verschaffte sich mit den römischen Rechtsquellen, in welchen es wurzelt, in Deutschland um so leichter Geltung, je näher es lag, in ihm nur eine andere Form desjenigen wirthschaftlichen Gedankens zu erblicken, der in der älteren Satzung sich verkörpert hatte. Aus dem gemeinen Rechte fand die Antichrese Eingang in die frankfurter Reformation II, 18 § 12 und 24 § 3, das bayr. L. R. II, 6, das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 139 ff. und 226 ff., die mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landg. § 7; sie ist ferner erwähnt in der

revid. Instr. für den Stadtbuchbetrieb in Mecklenburg Nr. 18, in der preuß. Grundb. O. § 12 und in einigen derselben nachgebildeten Gesetzen. Die Antichrese des franz. C. B. Art. 2085 ff. und des bad. L. R. scheint ihren Ursprung mehr in der älteren Satzung als in dem röm. Rechte zu haben.

Unbekannt ist das Besitzpfand und folglich auch das antichretische Pfandrecht an Grundstücken den Entwürfen eines bürgerlichen Gesetzbuches, welche für Preußen (1840), Hessen und Bayern aufgestellt worden sind. Es ist ferner abgelehnt in dem bayr. Ausführungsgesetze zur C. P. O. 2c. Art. 124, dem sächs. G. B. §§ 387, 424 und den Pfandgesetzen für Württemberg Art. 1 ff. und 245, Hessen Art. 5 und 169 ff., Weimar §§ 1 ff., Nassau § 10, Hamburg § 11 und Bremen § 78. Das Gleiche gilt für Coburg nach der Verordn. v. 10. September 1860 und für Lippe nach dem Ges. v. 9. April 1859. Die Grundbuch- und Hypothekengesetze für Altenburg, Sondershausen, Reuß und Anhalt gedenken des antichretischen Pfandrechtes nicht. Nach dem braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. können Rechte an Grundstücken nur durch Eintragung begründet werden; bezüglich der Antichrese aber ist weder eine Ausnahme gemacht noch die Eintragung in Aussicht genommen. Für die bayerischen Bezirke des preuß. A. L. R. ist das antichretische Pfandrecht ebenfalls beseitigt, weil die Eintragung, von welcher nach demselben seine Gültigkeit abhängt, in dem Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 nicht vorgesehen ist[1]).

b) Die Stellung der Antichrese in dem Systeme der Rechte an Grundstücken läßt sich verschieden gestalten. b) Einfügung des Besitzpfandrechtes in das Rechtssystem.

a. Man kann für die Begründung dieses Rechtes von der Vermittelung des Grundbuches absehen. Dann bieten sich drei Wege zur Wahrung der an die Bucheinrichtung sich knüpfenden Grundsätze.

Der erste Weg ist der, auf welchen der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches hinweist. Vermöge dieses Grundsatzes müßte in Gemäßheit des § 837 dem antichretischen Pfandrechte die Wirksamkeit gegen diejenigen abgesprochen werden, welche im Vertrauen auf die Vollständigkeit des Buches Rechte an dem Grundstücke erwerben. Ein so abgeschwächtes Pfandrecht aber ist nicht geeignet, die thatsächlich mögliche Sicherheit dem Gläubiger unabhängig von dem Willen des Schuldners zu erhalten; es ist ohne praktischen Werth, weil es den Zweck des Pfandrechtes nicht erfüllt. Das geltende Recht kennt eine derartige Gestaltung der Antichrese nicht.

Der zweite Weg ist der, daß den Hypotheken und den übrigen der Eintragung bedürfenden Rechten ein absoluter Vorzug vor dem antichretischen Pfandrechte eingeräumt wird. Diesen Weg hatte das bayr. Prior. Ges. v. 1. Juni 1822 § 21 betreten. Auf denselben führen außerdem diejenigen Gesetze, nach welchen die eingetragenen Forderungen den nicht eingetragenen vorgehen. Ein praktisches Bedürfniß für ein solches Rechtsverhältniß ist gleichfalls nicht erweisbar[2]).

---

[1]) Vergl. Roth, bayr. Civ. R. § 197 Note 2; Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 11.

[2]) Vergl. oben S. 600.

Einen dritten Weg hat die französische Gesetzgebung eingeschlagen[1]). Nach dem code civil Art. 2087 ist zur Begründung der Antichrese, deren dingliche Natur indessen nicht unstreitig ist, die Uebertragung des Besitzes auf den Berechtigten erforderlich. Das Ges. v. 23. März 1855 knüpft aber die Wirksamkeit dieses Rechtes gegen Dritte an die Transskription. Die Entstehung des Rechtes erzeugt also nicht zugleich dessen absolute Wirkung; die letztere muß vielmehr besonders begründet werden. Eine solche Art der Regelung ist, wie bereits früher dargelegt wurde[2]), für den Entwurf nicht annehmbar.

β. Man kann die Begründung des antichretischen Pfandrechtes von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machen. Dies ist der Standpunkt des preuß. und des mecklenb. Rechtes[3]). Ihm würde auch das bürgerliche Gesetzbuch folgen müssen, wenn es der dinglichen Antichrese eine Stelle in seinem Systeme gestattete.

e) Ablehnung des Besitzpfandrechtes (Antichrese).

c) Der Gedanke, welcher in der älteren Satzung und dem antichretischen Pfandrechte zur Verwirklichung gelangt ist, hat seine Berechtigung überall da, wo die gewöhnliche Rechtsform, auf welche der Realkredit sich angewiesen sieht, den Gläubiger so mangelhaft sichert wie die gemeinrechtliche Hypothek. Für diejenigen Rechtsgebiete hingegen, in welchen die Erkennbarkeit der Rechte am Grund und Boden durch öffentliche Bücher gewährleistet und damit dem Hypothekengläubiger die thatsächlich vorhandene Sicherheit rechtlich verbürgt wird, ist jede Einrichtung entbehrlich, welche darauf abzielt, dem Gläubiger den Besitz und Genuß des ihm verpfändeten Grundstückes zum Zwecke seiner Befriedigung einzuräumen. Der Grundeigenthümer, welcher noch kreditwürdig ist, findet den Kredit in der Form der Hypothek. Die Fälle, in welchen es wünschenswerth sein kann, dem Gläubiger den Fruchtbezug zu überlassen, sind so selten, daß ihretwegen es nicht angezeigt erscheint, eine besondere Kreditform neben der Hypothek zu erhalten oder zu schaffen. Das antichretische Pfandrecht ist denn auch mit dem Fortschreiten der Bucheinrichtung mehr und mehr aus der Praxis des Geschäftslebens verschwunden. Der preußische Gesetzrevisor schlug deshalb schon im Jahre 1829 die Beseitigung dieses Rechtsinstitutes vor, indem er zugleich bezeugte, daß dasselbe da, wo es noch vorkomme, kulturschädlich wirke und oftmals die Quelle verwickelter und kostspieliger Prozesse sei[4]). Daß die Antichrese auch außerhalb Preußens nicht gerade häufig in Gebrauch ist, wird für die Geltungsgebiete des franz. G. B., bezw. des bad. L. R. und der frankf. Reformation von angesehenen Schriftstellern hervor-

---

[1]) Siehe über die Antichrese Puchelt, das rhein.-franz. Privilegien- und Hypoth. R. 1 S. 307 ff.

[2]) Oben S. 18.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 8, 71, 99, 100; Förster-Eccius § 193 bei Note 28; v. Meibom § 18 S. 135. Nach Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 339 Note 8, soll das dingliche Recht der Antichrese schon durch die Uebertragung des Besitzes begründet werden und durch die Eintragung nur Rechtswirkung gegen Dritte erlangen.

[4]) Preuß. Gesetzrev. Pens. III Mot. 1 S. 197, 198.

gehoben[1]). Beachtet man nun noch, daß keines der zahlreichen Grundbuch- und Hypothekengesetze, welche in neuerer Zeit gegeben sind, die Antichrese an Grundstücken geregelt hat, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß hier ein abgestorbenes Rechtsinstitut in Frage ist, für dessen Erhaltung ein praktisches Bedürfniß nicht nachgewiesen werden kann. Der Entwurf lehnt es deshalb ab, das antichretische Pfandrecht an Grundstücken zuzulassen.

d) Die Tragweite dieses Standpunktes beschränkt sich auf das Gebiet des Sachenrechtes. Der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Vertrages, der darauf gerichtet ist, daß der Gläubiger ein Grundstück in Bewirthschaftung nehme, um sich aus den Nutzungen desselben zu befriedigen, stehen sachenrechtliche Gründe nicht entgegen. Ein solcher Vertrag hat aber nur obligatorische Wirkung. Der Gläubiger, welchem das Grundstück übergeben wird, erlangt zwar hierdurch die Rechte des Inhabers. Weitere Wirkungen gegen Dritte aber können dem unter den Vertragschließenden bestehenden Rechtsverhältnisse nicht beigelegt werden. d) Obligator Vertrag.

2. Die Handfeste.

Das Handfesteninstitut besteht nur in Bremen. Die ablehnende Stellung des Entwurfes ihm gegenüber ist im Allgemeinen bereits früher gerechtfertigt worden[2]). Es bedarf deshalb hier nur weniger Worte.

Wenn das Immobilienrecht in dem bürgerlichen Gesetzbuche einheitlich geregelt wird, so muß von der Handfeste als Rechtsform des Realkredites abgesehen werden. Denn das Eigenthümliche dieser Form liegt darin, daß die Oeffentlichkeit, mit welcher dieselbe ausgestattet ist, und die rechtliche Sicherheit, welcher die Handfestengläubiger sich erfreuen, nicht auf einer Bucheinrichtung, wie solche der Entwurf in Aussicht nimmt, sondern auf der Voraussetzung öffentlicher Aufrufe mit der Wirkung des Ausschlusses entgegenstehender Rechte beruhen. Die Handfeste ließe sich in das System des Entwurfes nur mit Preisgebung dieser Eigenthümlichkeit in der Weise einfügen, daß ihre Entstehung von der Eintragung in das Grundbuch abhängig gemacht würde. Eine dem Eintragungsprinzipe unterworfene Handfeste aber wäre neben der Grundschuld entbehrlich, weil das praktische Bedürfniß, welchem sie Rechnung tragen könnte, in der Eigenthümergrundschuld seine volle Befriedigung findet.

3. Die eingetragene Geldrente.

Während in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechtes der Rentenkauf als ein abgestorbenes, aus dem lebendigen Rechtsbewußtsein unserer Tage größtentheils verschwundenes Rechtsinstitut bezeichnet wird, sind in den Kreisen der Volkswirthe Stimmen laut geworden, welche die Belastung der Grundstücke, namentlich der ländlichen, mit Kapitalschulden für etwas Unnatürliches, dem Wesen des Grundbesitzes Widerstrebendes halten und die seitens des Gläubigers unkündbare Geldrente als die für den Realkredit aus-

[1]) Puchelt, franz. Hypoth.- und Privil. Recht S. 310, Heinsheimer, bad. Pfandr. S. 196, Bender, frankf. Priv. R. S. 268.

[2]) Oben S. 16, 17.

schließlich geeignete Rechtsform hinstellen. Da der Entwurf in dem § 1051 die Belastung der Grundstücke mit Reallasten und also auch mit Renten gestattet, so ist hier nur die auf Verdrängung der Hypothek und der Grundschuld gerichtete Hervorkehrung der Rentenform zu würdigen.

Gewiß ist der Gedanke, den Realkredit im Wege des Rentenkaufes zu finden, für den mit Kündigungen bedrohten Grundbesitzer ungemein verlockend. Praktische Bedeutung aber könnte er nur erlangen, wenn das Gesetz die Umwandelung der vorhandenen Hypotheken und Grundschulden in unkündbare Renten vorschriebe und fortan eine Verschuldung des Grundbesitzes nur in der Form der Rente zuließe. In der That ziehen die Anhänger des Rentenprinzipes diese Konsequenz. Allein bisher hat kein deutscher Staat sich dazu verstanden, in so radikaler Weise mit dem geltenden Rechte zu brechen und einer Theorie zu Liebe einen Versuch zu wagen, mit welchem eine vollständige Umwälzung unserer gesammten wirthschaftlichen Verhältnisse verbunden sein würde. Seit Jahrhunderten ist das Volk daran gewöhnt, in der Beleihung eines Grundstückes den Rechtsgrund zur dereinstigen Zurückziehung des Kapitales zu erblicken. Und wenn auch hier und da der Rentenkauf zur Vermittelung des Realkredites noch in Uebung ist[1]), so versieht er doch diese Funktion nirgends *anstatt* der Kapitalbelastung, sondern immer nur *neben* derselben. Nach der Richtung, in welcher das Kreditrecht bei uns sich entwickelt hat, ist zur Zeit der Boden für den zwangsweisen Ersatz der den Grundbesitz belastenden Kapitalien durch Renten nicht geebnet. Jedenfalls hat die gegenwärtige Kodifikation des bürgerlichen Rechtes nicht die Aufgabe, eine in allen Ländern des Reiches anerkannte Realkreditform von der Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch auszuschließen[2]).

VI. Begrenzung und Anordnung des Stoffes.

Die Hypothek als dingliches Recht unterliegt den Vorschriften des dritten Abschnittes über die Rechte an Grundstücken. Der vorliegende Titel erschöpft daher den Stoff, welchen das Hypothekenrecht enthält, nicht vollständig. Die Sätze, welche er aufstellt, finden in jenen Vorschriften ihre nothwendige Ergänzung. Sie gliedern sich nach den drei Kategorieen der Hypothek in drei Abtheilungen. Die erste Abtheilung handelt von der (normalen) *Hypothek ohne Hypothekenbrief*. Die Regelung betrifft folgende Punkte: 1. *Begriff und Entstehung* der Hypothek, §§ 1062—1066; 2. *Umfang* der hypothekarischen Haftung, §§ 1067—1071; 3. *Schutz des Gläubigers gegen Verschlechterungen* des Grundstückes, §§ 1072—1074; 4. *Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke*, §§ 1075—1085; 5. *Uebertragung* der Hypothek, §§ 1086—1090; 6. *Erlöschen* derselben (und *Eigenthümerhypothek*), §§ 1091—1105. Im Anschlusse hieran wird in der zweiten Abtheilung die *Hypothek mit*

[1]) Nach v. *Roth*, deutsches Priv. R. § 288, nur noch in München, Hamburg und Lübeck.

[2]) Oben S. 171, 600.

Hypothekenbrief, §§ 1106—1129, und in der dritten die Sicherungshypothek, §§ 1125—1131, geordnet. Das für diese beiden Kategorieen befolgte System weicht von demjenigen der ersten Kategorie nicht grundsätzlich ab.

B. Die einzelnen Vorschriften des Entwurfes über die Hypothek.

I. Hypothek ohne Hypothekenbrief.

1. Begriff und Entstehung der Hypothek.

a) Begriffsbestimmung und Erfordernisse.

§ 1062.

I. Der Abs. 1 des § 1062 bestimmt zweierlei: die Zulässigkeit und den Begriff der Hypothek. Die Zulässigkeit muß hier wie bei den übrigen dinglichen Rechten[1]) besonders ausgesprochen werden, weil der Entwurf davon ausgeht, daß eine Sache nur insoweit belastet werden kann, als das Gesetz die Belastung gestattet[2]). Die Begriffsbestimmung ergiebt sich im Allgemeinen aus früheren Erörterungen[3]); sie schließt sich sachlich dem in dem größten Theile des Reiches geltenden Rechte an[4]), ist jedoch hier etwas enger gefaßt, um von der normalen Hypothek den Fall der Sicherungshypothek auszuscheiden, in welchem die Hypothek unter dem Vorbehalte der Feststellung des Betrages der Forderung bestellt ist. Daraus, daß die Hypothek als Belastung des Grundstückes sich darstellt, folgt, daß sie, von dem Falle der Zwangsvollstreckung abgesehen, nur durch Vertrag und Eintragung begründet werden kann. Die Begründung durch einseitigen Willensakt des Eigenthümers ist abgelehnt[5]). I. Begriff. Entstehung

II. Gegenstand der Hypothek können nur Grundstücke und gewisse, nach § 781 Abs. 2 den für die Grundstücke geltenden Vorschriften unterworfene Berechtigungen sein. Die Bestellung einer Hypothek an dem realen Theile eines Grundstückes ist ausgeschlossen[6]). Die hypothekarische Belastung eines Bruchtheiles wird in dem § 1063 geregelt. II. Gegenstand.

Die Hypothek ist nach dem Entwurfe stets eine Substanzhypothek. Nach röm. Rechte konnten die Früchte eines Grundstückes als künftige Sachen mit der Wirkung verpfändet werden, daß mit ihrer Trennung das Pfandrecht zur Entstehung gelangte, vorausgesetzt, daß sie in das Eigenthum des Verpfänders fielen[7]). Das preuß. A. L. R. läßt in einem solchen Falle die Hypothek an den Früchten schon mit der Eintragung entstehen (Revenüen- Revenüenhypothek.

---

[1]) Vergl. §§ 952, 961, 966, 980, 1044, 1051.

[2]) Oben S. 3, 56.

[3]) Oben S. 595, 602, 603.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 1, 8, 436, Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 18, 19, 23; bayr. Hypoth. Ges. § 1, bayr. Entw. III Art. 349, 367; sächs. G. B. §§ 369, 387, 389; württemb. Pfandges. Art. 1, 10, 11; hess. Pfandges. Art. 1, 5, 38.

[5]) Siehe den § 828 und oben S. 159, 174.

[6]) Oben S. 55, 56.

[7]) L. 15 pr. Dig. de pign. 20, 1.

hypothek). Unter der Herrschaft des Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. wurde vielfach die Revenüenhypothek für die Fälle, in welchen der Eigenthümer zur Verfügung über die Substanz des Grundstückes berechtigt ist, als beseitigt angesehen. Das Reichsgericht ist indessen dieser Auffassung entgegengetreten; es hält die Eintragung einer Revenüenhypothek, auch wenn Gegenstand derselben ein im freien Eigenthume des Verpfänders stehendes Grundstück ist, für wirksam[1]). In den Gesetzen der übrigen Bundesstaaten ist, wie es scheint, eine derartige Hypothek nicht anerkannt[2]). Fraglich ist nur, ob nicht auf einem Umwege dennoch eine Revenüenhypothek ins Leben gerufen werden kann, nämlich dadurch, daß der Pfandverkauf bei der Begründung der Hypothek ausgeschlossen wird. Das röm. Recht verbindet mit einem solchen Vertrage nur die Wirkung, daß der Gläubiger erst nach dreimaliger Zahlungsaufforderung zum Verkaufe schreiten darf[3]). Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 §§ 26, 27 ist der Vertrag möglichst so zu deuten, „daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Früchten und Nutzungen suchen könne". Das Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. schweigt hierüber. Es behandelt nur den Fall, daß nach Eintragung der Hypothek zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger verabredet wird, daß die Veräußerung des Grundstückes zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers nicht stattfinden solle; ein solcher Vertrag ist nach § 45 des Gesetzes nichtig. Die Pfandgesetze für Württemberg Art. 91 und Hessen Art. 84 sprechen der fraglichen Vereinbarung, gleichviel ob dieselbe vor oder nach der Begründung des Pfandrechtes getroffen wird, die Gültigkeit ab. Dagegen wird für das bayr. und das mecklenb. Recht der Verzicht des Gläubigers auf das Zwangsversteigerungsrecht als zulässig betrachtet[4]).

In dem Entwurfe ist für eine Revenüenhypothek kein Raum. Einmal nämlich findet an den Nutzungen, soweit dieselben nach § 784 Abs. 1 zu den wesentlichen Bestandtheilen des Grundstückes gehören, schon nach dem Grundsatze des § 782 ein die Substanz des Grundstückes nicht ergreifendes Recht nicht statt. Sodann kommt in Betracht, daß eine Hypothek nur durch Eintragung in das Grundbuch und also auch nur an einem gebuchten Gegenstande begründet werden kann, Gegenstand der Buchung aber nur das Grundstück als Ganzes, nicht auch dessen Nutzungen sind. Man kann sich freilich das Verhältniß so zurechtlegen, daß die Revenüenhypothek an dem Grundstücke als Ganzem, wenn auch mit Ausschließung des sonst aus der Hypothek für den Gläubiger fließenden Zwangsversteigerungsrechtes, bestellt wird. Allein für eine so beschränkte Hypothek ist ein allgemeines Bedürfniß nicht vorhanden. Wohl aber spricht gegen die Zulassung derselben, daß die Vertheilung des Versteigerungserlöses erheblich erschwert und verwickelt wird, wenn nach der

---

[1]) Urth. des Reichsg. V. Civils. v. 28. Januar 1885 Entsch. 13 S. 223.

[2]) Vergl. das sächs. G. B. §§ 378, 388, 424; das württemb. Pfandges. Art. 7; das hess. Pfandges. Art. 10. In Bayern ist das Nutzungspfand an Liegenschaften, dessen Ordnung der bayr. Entw. III Art. 415—420 in Aussicht genommen hatte, durch das Ausführungsges. v. 23. Februar 1879 Art. 124 aufgehoben.

[3]) L. 4 Dig. de pign. act. 13, 7.

[4]) Regelsberger § 80 S. 391; v. Meibom § 26 S. 217.

Revenüenhypothek noch Substanzhypotheken auf dem Grundstücke haften[1]). Ein Bedürfniß für die Revenüenhypothek kann nur für die besonderen Fälle anerkannt werden, in welchen der Eigenthümer nicht berechtigt ist, über die Substanz des Grundstückes zu verfügen, also namentlich für die Fälle, in welchen dasselbe Gegenstand eines Familienfideikommisses ist oder in einem Lehensverbande steht[2]). Die Regelung derartiger Verhältnisse bleibt aber von dem bürgerlichen Gesetzbuche ausgeschlossen und der Landesgesetzgebung vorbehalten. Das Einführungsgesetz, in welches dieser Vorbehalt gehört, wird daher bestimmen, in welchen Fällen ausnahmsweise die Landesgesetze Hypotheken mit der Einschränkung zulassen können, daß der Gläubiger nur aus den Nutzungen des Grundstückes Befriedigung verlangen kann[3]).

III. Bestimmtheit des Berechtigten.

III. Das Erforderniß der Bestimmtheit des Berechtigten ergiebt sich für die Fälle der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek aus dem § 828, da der dingliche Vertrag, welcher nach diesem Paragraphen unerläßlich ist, nur von bestimmten Personen geschlossen werden kann, nämlich von dem eingetragenen Eigenthümer auf der einen Seite und von demjenigen, zu dessen Gunsten derselbe die Eintragung bewilligt, auf der anderen Seite. Es liegt aber überhaupt in der Konsequenz des Grundbuchsystemes, daß das Buch, welches über die Belastung der Grundstücke vollständige Auskunft zu geben bestimmt ist, auch darüber keinen Zweifel lassen darf, wem ein eingetragenes Recht zusteht.

Die Landesgesetze enthalten fast sämmtlich dieses Erforderniß, indem sie demselben in verschiedenen Wendungen Ausdruck geben. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 23 muß die Eintragungsbewilligung, welche der Eintragung den Inhalt giebt, auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten; ebenso nach den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck, Sondershausen und Lippe[4]), desgleichen nach einigen Gesetzen Mecklenburgs[5]). Andere Gesetze schreiben direkt vor, daß der Name des Gläubigers bei der Hypothek mit einzutragen sei; so insbesondere die Gesetze für Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen[6]).

Eintr. für den Inhaber der Schuldurkunde.

Die Eintragung für den Inhaber der Schuldurkunde, falls die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber hervorgeht, wird in keinem

---

[1]) Vergl. die Mot. zu dem preuß. Entw. eines Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 41 (§ 45), bei Werner 2 S. 32, 33.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 18 § 228, II, 4 § 76 ff., 108 ff.; bayr. Hypothekengrs. § 68; württemb. Pfandges. Art. 7; hess. Pfandges. Art. 10; weimar. Pfandges. § 18.

[3]) Anm. 2 zu § 1062.

[4]) Nach dem braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 31 muß der Eintragungsantrag auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten.

[5]) Mecklenb. revid. Instr. für den Stadtbuchbetrieb Ziff. 20, 31 und Doman. Hypoth. Ges. v. 2. Januar 1854 § 12; vergl. auch code civil Art. 2148.

[6]) Bayr. Hypoth. Ges. § 22 Nr. 8 und § 145 Nr. 3; sächs. Verordn. v. 9. Januar 1865 § 137 Nr. 2; württemb. Pfandges. Art. 31 und 184; hess. Ges., das Verfahren der Hypothekenbrh. betr., Art. 11 und 16; bad. Anleitung § 92 Nr. 2; mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landg. § 12 Nr. 2; anhalt. Grundb. Ges. § 18.

der geltenden Hypothekengesetze geregelt. Für die hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen bestimmt freilich das Ges., das Verfahren der Hypothekenbehörden betr., v. 19. Januar 1859 Art. 15: „Werden auf den Grund einer errichteten Hauptschuldverschreibung Partialobligationen auf Inhaber ausgestellt, so ist im Hypothekenbuche nicht allein der Name, Vorname und Wohnort der Person, unter deren Vermittelung das Darlehn zu Stande gekommen ist, sondern es ist auch einzutragen, wie viele Partialobligationen, in welchen Beträgen und unter welcher Bezeichnung solche über die Gesammtsumme ausgestellt worden sind". Allein ob hierdurch das Institut der Inhaberhypothek hat anerkannt werden sollen, ist nach der Fassung der Vorschrift nicht ohne Zweifel; mindestens beschränkt sich die letztere auf den besonderen Fall, daß ein großes Darlehn für eine bestimmte Person eingetragen wird, diese aber das Geld durch Ausgabe von Inhaberpapieren beschafft bezw. zu beschaffen hat. Im Uebrigen wird man vom Standpunkte des geltenden Rechtes die Eintragung einer Hypothek für den Inhaber der Urkunde als ausgeschlossen betrachten müssen, weil die Landesgesetze die Form für eine solche Eintragung nicht bieten[1]). Dieser Grund rechtfertigt aber weiter den Schluß, daß bisher ein praktisches Bedürfniß für die Zulassung der Inhaberhypothek in den einzelnen Bundesstaaten sich nicht geltend gemacht hat, vielleicht sogar die Ausschließung dieses Institutes als unerläßliche Voraussetzung eines gesunden Realkredites angesehen worden ist[2]). Jedenfalls besteht für den Entwurf keine Veranlassung, die Inhaberhypothek in das System des Hypothekenrechtes einzufügen. Das Bedürfniß, dessen Befriedigung durch dieselbe gefördert werden könnte, wird im Allgemeinen von den zahlreichen Kreditinstituten (Landschaften, Pfandbriefämtern, Hypothekenbanken), welche Geld auf Hypotheken ausleihen und die hierzu erforderlichen Kapitalien durch Ausgabe von Pfandbriefen ꝛc. beschaffen, weit sicherer befriedigt. Hinzu tritt, daß Schuldverschreibungen, in welchen dem Inhaber die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, sofern nicht das Reich oder ein Bundesstaat der Aussteller ist, nur mit Staatsgenehmigung ausgestellt und ausgegeben werden dürfen[3]), diese Genehmigung aber voraussichtlich nur öffentlichen Korporationen und großen Aktiengesellschaften, und zwar nur für die Fälle, in welchen es sich um bedeutende Summen handelt, ertheilt werden wird. In solchen Fällen kann allerdings ein dringendes Bedürfniß für die Sicherstellung der Gläubiger durch Hypotheken bestehen. Allein es sind dies besondere Verhältnisse, welche, soweit der Gesetzgeber ihre Regelung für nöthig hält, besonders geregelt werden müssen[4]). Die Zulassung einer Inhaberhypothek würde in Ansehung der Be-

[1]) Für Bayern behauptet Regelsberger § 42 S. 185 die Zulässigkeit der Eintragung einer Hypothek für den Inhaber der Schuldurkunde, für Württemberg Römer § 21 S. 103 dasselbe; dagegen Roth bayr. Civ. R. § 103.

[2]) Vergl. die Mot. zu dem preuß. Entwurf eines Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc., bei Werner 2 S. 28.

[3]) § 701 Abs. 1.

[4]) Vergl. den Entwurf eines Ges., betr. das Pfandrecht an Eisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben, in den Drucksachen des Reichstages von 1879—1880 Nr. 130.

gründung, der Geltendmachung und der Aufhebung des hypothekarischen Rechtes zahlreiche von dem Rechte der Namenhypothek abweichende Vorschriften bedingen, mehr oder weniger auch in die Gebiete des staatlichen Aufsichtsrechtes, des Handelsrechtes, des Konkurses und der Zwangsvollstreckung eingreifen. Diesen verschiedenen Rücksichten kann in dem Systeme des Entwurfes nicht Rechnung getragen werden, ohne dem Hypothekenrechte den Karakter der Einfachheit und leichten Verständlichkeit zu nehmen. Es empfiehlt sich daher, die Inhaberhypothek, soweit für dieselbe ein Bedürfniß anzuerkennen ist, der Regelung durch die Spezialgesetzgebung vorzubehalten.

IV. Die Hypothek hat ihren Zweck lediglich in der Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt wird. Die Forderung ist daher Begriffselement der Hypothek. Dies bedarf jedoch der näheren Bestimmung. IV. Die Forderung

1. Die Forderung muß nach dem Entwurfe eine bestimmte Geldforderung sein. Dies entspricht sachlich den Gesetzen, welche die Hypothek von der Eintragung abhängig machen. Denn alle diese Gesetze verlangen, daß die Hypothek mit Angabe einer bestimmten Summe eingetragen werde[1]). Sie befolgen somit das Spezialitätsprinzip auch in Beziehung auf das Maß der hypothekarischen Belastung, indem sie davon ausgehen, daß die Bucheinrichtung für das Hypothekenrecht ihren Zweck nur erfüllen kann, wenn das Buch nicht blos über die Zahl der auf einem Grundstücke haftenden Hypotheken, sondern auch über den Betrag jeder einzelnen Hypothek möglichst genaue Auskunft giebt. Vermöge dieses Prinzipes dürfen Forderungen, welche nicht auf Zahlung von Geld gerichtet sind, überhaupt nicht und Geldforderungen nicht in unbestimmter Höhe eingetragen werden. 1. Bestimmtheit der Forderung

Für den Entwurf konnte es sich hiernach nur fragen, ob es angemessen ist, das Erforderniß der Bestimmtheit der Forderung als ein Moment des Begriffes der Hypothek zu behandeln. Die Frage ist nur von untergeordneter Bedeutung. Der § 1062 bejaht sie mit Rücksicht darauf, daß die Hypothek, da sie nur im Wege der Zwangsvollstreckung sich verwirklichen läßt, die Zwangsvollstreckung aber den Umsatz ihres Gegenstandes in Geld bezweckt, nur zur Sicherheit für eine Geldforderung begründet werden kann und daß von diesem Standpunkte die Forderung auf eine bestimmte Summe lauten muß.

2. Die Forderung, welche durch die Hypothek gesichert werden soll, kann nicht nur eine bereits bestehende, sondern auch eine künftige, eine fällige oder eine betagte, aber auch eine bedingte sein. Nach dem geltenden Rechte ist dies nicht zweifelhaft[2]). Der Entwurf hebt die Zulässigkeit der Hypothek für eine künftige und eine bedingte Forderung in dem § 1062 Abs. 2 besonders hervor. 2. Bestehende künftige, bedingte Ford.

---

[1]) Siehe die oben S. 620 Anm. 2 in Bezug genommenen Vorschriften, ferner das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 23 und die demselben in Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc. nachgebildeten Gesetze, weitere Nachweisungen bei v. Roth, deutsches Priv. R. § 297 Note 6.

[2]) L. 5 D. de pign. 20, 1; preuß. A. L. R. I, 20 §§ 1, 11—14; franz. G. B. Art. 2092 ff.; sächs. G. B. §§ 370, 387, 434; württemb. Pfandges. Art. 11; hess. Pfandges. Art. 3; vergl. auch den bayr. Entw. III Art. 351, 366, 394.

Für das röm. Recht wird vielfach die Meinung vertreten, daß die Begründung der Hypothek stets ein Schuldverhältniß voraussetze, aus welchem eine Forderung entstanden sei oder doch wenigstens sich zu entwickeln vermöge. Für das moderne Recht, welches die Hypothek an die Eintragung in das Grundbuch bezw. das Hypothekenbuch knüpft, ist diese Meinung nicht haltbar. Es besteht kein stichhaltiger Grund, welcher dazu nöthigte, der vorschriftsmäßig eingetragenen Hypothek die Wirksamkeit nach Maßgabe des Ranges, welchen dieselbe in der Reihenfolge der Eintragung einnimmt, um deswillen abzusprechen, weil die Forderung erst nach der Eintragung entstanden ist. Darlehenshypotheken werden erfahrungsmäßig in zahlreichen, vielleicht in den meisten Fällen vor der Hingabe des Geldes bestellt. Die Rücksicht auf die Rechtssicherheit aber gestattet nicht, eine solche Hypothek, bevor dieselbe an einen mit der Sachlage unbekannten Dritten übertragen ist, als wirkungslos anzusehen, wenn der Schuldner das Darlehen erst nach der Eintragung erhalten hat.

Was dagegen die bedingten Forderungen anlangt, so würde das Gesetz dem praktischen Bedürfnisse nicht genügen, wenn es die Betheiligten lediglich auf den Weg der Sicherungshypothek verwiese. Der Berechtigte muß, wenn die Forderung zu einer unbedingten geworden, Zahlung aber von dem Schuldner nicht sogleich zu erlangen ist, in der Lage sein, ohne Weiterungen die Hypothek als eine verkehrsfähige zu begeben. Eine besondere Erwähnung der bedingten Forderung in dem Gesetze erscheint rathsam, um den Zweifeln vorzubeugen, welche aus der Art und Weise, wie das Recht der aufschiebenden Bedingung in den §§ 128 ff. geregelt ist, hergeleitet werden könnten. Dagegen ist nach dem Vorgange des die Bürgschaft betreffenden § 669 die betagte Forderung hier nicht zu erwähnen, weil die Zulässigkeit der Hypothekenbestellung für eine solche sich von selbst versteht.

b) Belastung eines Bruchtheiles des Grundstückes mit einer Hypothek.

§ 1063.

Die Frage, ob ein Grundstück nicht blos im Ganzen, sondern auch mit Beschränkung der Haftung auf einen Bruchtheil verpfändet werden kann, ist verschieden zu beantworten, je nachdem das Recht des Verpfänders an dem Grundstücke sich in dem Bruchtheile erschöpft oder nicht.

1. Belastung des Antheiles eines Miteigenthümers.

1. Erschöpft sich das Recht in dem Bruchtheile, so liegt Miteigenthum nach Bruchtheilen vor. Der einzelne Miteigenthümer aber kann nach den §§ 763, 946, 948 über seinen Antheil ebenso verfügen, wie der Alleineigenthümer über das Grundstück im Ganzen. Die Landesgesetze heben meist ausdrücklich hervor, daß ein Miteigenthümer berechtigt ist, seinen Antheil an dem Grundstücke mit Hypotheken zu belasten; so insbesondere das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 21, das sächs. G. B. § 388, die Pfandgesetze für Württemberg Art. 9, Hessen Art. 9, 58 und Weimar § 13, die dem preuß. Ges. nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc., die Gesetze, das Hypothekenwesen ꝛc. betr., für Altenburg § 56, Reuß j. L. § 55 und ä. L. § 57, das Stockbuchges. für Nassau § 5 und das Hypoth. Ges. für Rudol-

stadt § 49. Ausgeschlossen ist die hypothekarische Belastung des Antheiles eines Miteigenthümers in Hamburg durch das Ges. über Grundeigenthum ꝛc. §§ 9, 13 und in Lübeck durch die Hypoth. O. v. 5. Mai 1880 § 17. Für das mecklenb. Recht wird dasselbe behauptet[1]). In Bayern ist die Frage streitig[2]). Die für die Ausschließung der Antheilshypothek angeführten Gründe setzen insoweit, als sie nicht lediglich das hier nicht in Frage stehende Miteigenthum ohne Quoten betreffen[3]), eine Bucheinrichtung voraus, bei welcher für die Eintragung einer Hypothek auf den Antheil des einzelnen Miteigenthümers kein Raum ist. Sie erledigen sich mithin für den Entwurf, wenn in der Grundbuchordnung dafür gesorgt wird, daß im Falle des Miteigenthumes nach Bruchtheilen das Grundbuch über die Größe des Antheiles eines jeden Miteigenthümers Auskunft giebt[4]). Richtig ist nur, daß mit der Zulassung der Antheilshypothek eine gewisse Erschwerung der Buchführung und der Zwangsversteigerung sich verbindet. Die Schwierigkeiten indessen, auf welche die Praxis stößt, lassen sich bei zweckmäßiger Gestaltung des Verfahrens, wie die Erfahrungen in den Gebieten der Antheilshypothek ergeben, recht wohl überwinden, ohne die Rechtssicherheit zu gefährden. Ein Bedürfniß aber, dem Miteigenthümer die Eintragung von Hypotheken auf den ihm zustehenden Antheil zu gestatten, ist unverkennbar vorhanden. Der Entwurf hat daher zu einer Abweichung von dem in dem weitaus größten Theile Deutschlands geltenden Rechte um so weniger Veranlassung, als die Zulässigkeit der Antheilshypothek in der Konsequenz seiner eben angezogenen Bestimmungen liegt.

2. Belastung eines Bruchtheiles

2. Erschöpft sich das Recht desjenigen, welcher einen Bruchtheil des Grundstückes mit einer Hypothek belasten will, nicht in diesem Bruchtheile, so ist die Belastung nach § 1063 unzulässig.

a) des Alleineigenthumes,

a) Der Hauptfall ist der Fall des Alleineigenthumes. Stellt man sich lediglich auf den Standpunkt der Rechtskonsequenz, so kann die Hypothekfähigkeit eines Bruchtheiles des Grundstückes kaum verneint werden. Eine entsprechende Bestimmung findet sich jedoch nur in dem Pfandges. für Weimar § 6. Aber auch das württemb. Pfandges. scheint hier an der Rechtskonsequenz festzuhalten, und in Bayern besteht in dieser Hinsicht dieselbe Streitfrage wie in dem unter Ziff. 1 behandelten Falle[5]). Dagegen kann nach dem sächs. G. B. § 372 und den oben erwähnten Gesetzen für Nassau, Altenburg, Reuß und Hamburg der Eigenthümer an einem Bruchtheile des Grundstückes keine Hypothek bestellen, und auch die Vorschriften des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 21, 23, 30, 43 und der demselben nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc. können nicht wohl anders aufgefaßt werden. Die Reichs-

---

[1]) v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 15 S. 113.

[2]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 298 Note 35 Bd. 3 S. 545.

[3]) Bericht des Ausschusses der hamb. Bürgerschaft, den Entw. eines Hypoth. Ges. betr., (1866) S. 26.

[4]) Anm. zu § 827.

[5]) v. Roth a. a. O. Note 34 S. 544. Der bayr. Entw. III Art. 350 gestattet die Verpfändung eines Bruchtheiles der Sache ganz allgemein. Dies ist auch die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes. Windscheid § 226a Note 2.

gesetzgebung hat um so mehr Grund, dieser Auffassung zu folgen, als ein praktisches Bedürfniß von einigem Belange für solche Hypotheken nicht anzuerkennen ist, während es dringend geboten erscheint, die Schwierigkeiten, welche die Hypothek auf den Antheil eines Miteigenthümers der Buchführung und der Zwangsversteigerung bereiten kann, nicht ohne Noth zu vermehren.

Fraglich möchte vielleicht sein, ob von dem Verbote der Fall auszunehmen ist, wenn der Eigenthümer des Grundstückes die auf einem Bruchtheile desselben haftende Hypothek auf das ganze Grundstück ausdehnen will. Die Ausnahme ist jedoch unnöthig, weil, wenn sie sich nicht von selbst verstehen sollte, der Eigenthümer seinen Zweck in einfacher Weise dadurch erreichen kann, daß er die Hypothek auf das Grundstück im Ganzen eintragen läßt, ohne daß hierdurch die bereits bestehende Quotenhypothek in ihrer Wirksamkeit berührt wird.

b) des Antheiles eines Miteigenthümers.

b) Der andere Fall ist der, daß ein Miteigenthümer einen Bruchtheil seines Antheiles mit einer Hypothek belasten will. Er steht rechtlich dem unter a) entschiedenen Falle gleich. Der Entwurf spricht dies in dem § 1063 nach dem Vorgange des sächs. G. B. § 372 ausdrücklich aus.

c) Eintragung der Hypothek.

α. Bezeichnung der Forderung im Grundbuche.

§ 1064.

Die einzutragenden Momente im Allgem.

Wenn das Gesetz die Belastung der Grundstücke von der Eintragung in das Grundbuch abhängig macht, so darf es darüber keinen Zweifel lassen, was in das Grundbuch einzutragen ist. Im Allgemeinen ergiebt sich aus dem § 828 und den die einzelnen Belastungen zulassenden Paragraphen[1]), daß in das Grundbuch alles das gehört, was zur Begründung der Belastung erforderlich ist bezw. für die Erkennbarkeit der Belastung nach deren Inhalt und Umfang Bedeutung hat. Es braucht also namentlich nicht besonders vorgeschrieben zu werden, daß, wenn eine Hypothek unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt wird, auch die Bedingung oder die Zeitbestimmung mit einzutragen ist. Die Zulässigkeit bedingter und betagter Hypotheken folgt mit Nothwendigkeit aus den §§ 128 ff., und da sie auch in dem geltenden Rechte begründet ist[2]), so besteht für den Entwurf keine Veranlassung, sie durch eine positive Vorschrift auszuschließen.

Eintragung der Forderung:

Zur Durchführung des Eintragungsprinzipes bei der Hypothek bedarf es einer Sondervorschrift nur wegen der Forderung, welche durch das dingliche Recht gesichert werden soll. Die Landesgesetze bezeichnen zum Theil die Forderung geradezu als dasjenige Moment, durch dessen Eintragung die Hypothek zur Entstehung gelangt; so namentlich das bayr. Hypoth. Ges. §§ 21 ff.

---

[1]) Siehe Anm. 1 S. 633.

[2]) L. 12 § 2 Dig. qui pot. 20, 4, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6; preuß. A. L. R. I, 4 §§ 99, 163 ff., I, 20 §§ 56 ff.; sächs. G. B. §§ 108, 115, 398, 451; hess. Pfandges. Art. 108, 146, 152 Nr. 2; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 18 S. 133.

und das sächs. G. B. § 387. Das preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. bedient sich zwar nicht dieses Ausdruckes, giebt aber durch die Art und Weise, wie es die Hypothek regelt, deutlich zu erkennen, daß die Bezeichnung der Forderung im Grundbuche unerläßlich ist[1]). Auf demselben Standpunkte stehen die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc.

Für den Entwurf ist die Nothwendigkeit einer Bezeichnung der Forderung im Grundbuche, mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 828, 1062, nicht zweifelhaft. Bei der Frage, wie die Bezeichnung geschehen soll, ist zu unterscheiden:

1. Ueber den Gläubiger, den Geldbetrag der Forderung und, wenn diese verzinslich ist, die Verzinslichkeit und den Zinssatz darf das Grundbuch nicht schweigen. 1. Bezeichnung

a) Was den Gläubiger anlangt, so schreiben die Landesgesetze, wie S. 635 erwähnt wurde, die Eintragung auf den Namen desselben vor. Eine solche Vorschrift ist jedoch insofern nicht unbedenklich, als sie geeignet ist, der Frage vorzugreifen, ob für die Abkömmlinge einer bestimmten Person, d. h. für die Kinder, welche dieselbe etwa noch bekommt, eine Hypothek bestellt werden kann. In Preußen hat man versucht, diese Frage aus dem Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 23 zu entscheiden, obschon die Entscheidung in Erwägungen gesucht werden muß, welche nicht dem Grundbuchrechte angehören[2]). Aus dem Grundbuchrechte läßt sich für die Hypothek nur das Erforderniß der Bestimmtheit des Gläubigers ableiten. Der Gläubiger aber ist hinlänglich bestimmt, wenn das Grundbuch ergiebt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist. Sofern also nach anderweitigen Vorschriften auf den Fall, daß diese Person Abkömmlinge erhält, für dieselben eine Forderung begründet werden kann[3]), muß das Grundbuchrecht die Bestellung einer Hypothek für eine solche Forderung ermöglichen. Der Entwurf sieht deshalb davon ab, die Angabe des Gläubigernamens als unbedingt wesentlichen Bestandtheil der Eintragung hinzustellen, wenngleich er nicht verkennt, daß in der Regel der Name mit einzutragen ist, um der Person des Gläubigers diejenige Bestimmtheit zu sichern, welche zum gesetzlichen Begriffe der Hypothek gehört. a) des Gläubigers,

b) Der Geldbetrag der Forderung, d. h. das Kapital, auf welches dieselbe lautet, kann nach § 1064 nur in einer bestimmten Summe eingetragen werden. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 23 und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck ꝛc. verlangen Angabe der Summe in gesetzlicher Währung. In den Gesetzen für Anhalt (§ 18) und Braunschweig (§ 31) hat die entsprechende Vorschrift nur die Bedeutung einer Anweisung an die Buchbehörde. Darüber, daß die Eintragung in einer ausländischen oder in einer gesetzlich beseitigten inländischen b) des Geldbetrages, in gesetzlicher Währung.

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 18, 19, 23, 30.
[2]) Siehe Johow's Jahrb. 4 S. 245, 247, 5 S. 147—149, 6 S. 182.
[3]) Vergl. die §§ 3, 1741, 1758, 1826, 1827, 1867, 1869.

Währung nicht gestattet werden darf, besteht kein Zweifel. Vielleicht kann die Unstatthaftigkeit schon aus dem Münzgesetze v. 9. Juli 1873 Art. 14 § 4 gefolgert werden. Immerhin erscheint ein ausdrückliches Verbot zweckmäßig, um das Spezialitätsprinzip in Beziehung auf den Betrag der Forderung zur vollen Anerkennung zu bringen. Wollte man demgemäß in dem Gesetzbuche bestimmen, daß die Summe in inländischer Währung angegeben werden müsse, so würde eine Eintragung, welche das Grundbuchamt unter Verletzung dieser Vorschrift bewirkte, die Nichtigkeit der Hypothek zur Folge haben; wenigstens wäre zu besorgen, daß die Praxis für diese Auslegung sich entschiede. Hieraus könnte sich aber in einzelnen Fällen eine große Härte für die Betheiligten ergeben. Diese Härte wird vermieden, wenn man sich auf eine entsprechende Ordnungsvorschrift in der Grundbuchordnung beschränkt. Der Zweck des Gesetzes wird auch auf diesem Wege erreicht werden, da Fälle, in welchen der Grundbuchbeamte die ihm ertheilte Anweisung außer Acht lassen, also pflichtwidrig verfahren sollte, wegen ihrer Seltenheit nicht weiter in Betracht gezogen zu werden brauchen[1]).

c) der Verzinslichkeit und des Zinssatzes.

c) Der Betrag der Forderung erhöht sich, wenn dieselbe *verzinslich* ist, um die Zinsen. Aus der Anwendung des Eintragungsprinzipes auf die Hypothek[2]) folgt daher, daß die Zinsen oder vielmehr die Verzinslichkeit der Forderung und der Zinssatz, welcher die Höhe der Zinsen bestimmt, in das Grundbuch mit eingetragen werden müssen, wenn das Grundstück nicht blos für das Kapital, sondern auch für die Zinsen haften soll. An dieser Folgerung hält der Entwurf in Ansehung der *rechtsgeschäftlichen* Zinsen fest, indem er sich auf den Standpunkt stützt, den die meisten Gesetze, welche die Hypothek an die Eintragung in das Grundbuch knüpfen, namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 23, 30 und das sächs. G. B. § 416, einnehmen[3]). Nach dem bayr. Hypoth. Ges. §§ 43, 44 kommt es auf die Eintragung nicht an, wenn der persönliche Schuldner zugleich der Eigenthümer des Grundstückes ist und andere Hypothekengläubiger durch die Haftung desselben für die Zinsen nicht benachtheiligt werden. In Hamburg und Lübeck haftet das Grundstück kraft des Gesetzes für die Zinsen, falls die Betheiligten nicht eine entgegenstehende Verabredung getroffen haben[4]). Doch ist die Eintragung der Verzinslichkeit, sowie des Zinsfußes und der Zinstermine in dem

---

[1]) Anm. 1 zu § 1062 des Entwurfes.

[2]) Vergl. §§ 828, 1062.

[3]) Denselben Standpunkt nehmen ein die Gesetze über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha §§ 23, 30, Braunschweig §§ 31, 35, Waldeck, Lippe §§ 23, 30, Sondershausen §§ 23, 27 und Schaumburg-Lippe, ferner die Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg § 69, Reuß ä. und j. L. § 68, die mecklenb. revid. Hypoth. O. f. Landg. § 28 Nr. 2 und Stadtbuchordn. § 26 Nr. 6, das württemb. Pfandges. Art. 84, das weim. Pfandges. § 93; ebenso der bayr. Entw. III Art. 388.

[4]) Hamb. Ges. über Grundeigenthum ꝛc. §§ 32, 38; lübeck. Hypoth. O. § 45. Auch nach dem preuß. A. L. R. I, 20 § 482 war die Haftung des Grundstückes für vorbedungene Zinsen von deren Eintragung nicht abhängig.

hamb. Gef., betr. die Ausführung der C. P. O., v. 14. Juli 1879 § 7 geſtattet. Dafür, daß das dingliche Recht auf die von dem Kapitale zu entrichtenden Zinſen auch ohne beſondere Eintragung erſtreckt werde, läßt ſich vielleicht anführen, daß die durch Hypothek geſicherten Forderungen in den weitaus meiſten Fällen verzinslich ſind und folglich Raum im Grundbuche erſpart wird, wenn das Geſetz von einer Eintragung wegen der Zinſen abſieht. Allein dieſer Grund wiegt nicht ſchwer genug, um den Bruch in das Eintragungsprinzip zu rechtfertigen. Die Raumerſparniß im Grundbuche würde ohnehin eine nur geringe ſein. Zwar kommt es vor, daß die Eintragung einer Hypothek, insbeſondere wenn dieſelbe für eine Hypothekenbank oder ein anderes Kreditinſtitut zu beſtellen iſt, mit ſehr verwickelten Verzinſungsbedingungen, namentlich unter Feſtſetzung von Zinszuſchlägen für gewiſſe Fälle, bewilligt wird. Indeſſen kann man ſich bei der allgemeinen Vorſchrift, daß die Verzinslichkeit und der Zinsſatz einzutragen ſind, beruhigen und die Art der Eintragung, z. B. eines Maximalſatzes, unter Verweiſung betreffs der Modalitäten auf die Eintragungsbewilligung, der Praxis überlaſſen.

2. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

2. Hinſichtlich der übrigen Momente, durch welche die Forderung beſtimmt wird, kann das Geſetz eine beſondere Bezeichnung derſelben im Grundbuche nicht vorſchreiben, weil der in dem letzteren zur Verfügung ſtehende Raum in zahlreichen Fällen nicht ausreicht, um ein vollſtändiges Bild von der Forderung aufzunehmen. Es muß daher genügen, zur näheren Bezeichnung der Forderung im Grundbuche auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. Insbeſondere kann der Grund der Forderung nur im Allgemeinen, als Darlehen, Kaufvertrag ꝛc., eingetragen, erſchöpfend dagegen nur in der Eintragungsbewilligung beſchrieben werden. Ob die Bewilligung aus der ihr beigefügten Schuldurkunde ergänzt und demnach auch dieſe bei der Eintragung in Bezug genommen werden kann, wird die Grundbuchordnung zu entſcheiden haben. Die Landesgeſetze enthalten nur wenige hierher gehörige Beſtimmungen[1]). Daß ſie aber zur näheren Bezeichnung der Forderung den theilweiſen Erſatz der Eintragung durch Bezugnahme auf die Urkunde, welche die Vorausſetzung der Eintragung bildet, zulaſſen, ergeben die Formulare, welche den Grundbuchordnungen ꝛc. beigefügt ſind. Vom Standpunkte des Entwurfes gehört die Zulaſſung in das materielle Recht, da ſie ſich als Modifikation des Eintragungsprinzipes darſtellt[2]). Zu den Punkten, deren Eintragung nach § 1037 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erſetzt werden kann, gehören, von dem Grunde der Forderung abgeſehen, insbeſondere folgende:

insbeſondere

a) wegen des Anfangstages der Verzinſung.

a) Der Anfangstag der Verzinſung. Nach dem preuß. Geſetze § 23 und deſſen Nachbildungen iſt dieſer Tag in der Eintragungsbewilligung anzugeben, was nach §§ 18 und 19 die Bedeutung hat, daß er auch in das Grundbuch mit einzutragen iſt. Ein praktiſches Bedürfniß für die Eintragung iſt jedoch nicht erfindlich.

---

[1]) Siehe z. B. die ſächſ. Verordn. v. 9. Januar 1865 § 137, 177.

[2]) Vergl. §§ 962, 969, 1048, 1054.

b) wegen der Zinstermine,

b) Die Termine, an welchen die Zinsen zu entrichten sind. Eine gesetzliche Vorschrift, welche den Anspruch des Gläubigers auf Entrichtung der Zinsen an bestimmten Terminen von der Eintragung der letzteren in das Grundbuch abhängig machte, scheint nirgends zu bestehen. Wohl aber schreibt das mecklenb. Recht vor, daß die Zinsen, sofern nicht die Zahlungszeit im Grundbuche oder in der Eintragungsurkunde besonders festgesetzt ist, halbjährlich in den landesüblichen Terminen, d. i. in der Zeit vom 17. bis 24. Januar und vom 24. Juni bis 1. Juli entrichtet werden müssen[1]). In Hamburg, wo ähnliche Termine hergebracht sind, hat das Ges. v. 4. Dezember 1868 § 39 sie auf den ersten Werktag des Kalendervierteljahres verlegt. Für Neuvorpommern und Rügen gilt, „wenn keine Zeit zur Zinszahlung eingetragen ist", nach dem Ges. über das Grundbuchwesen v. 26. Mai 1873 § 23 „der gesetzliche Umschlagstermin, der 24. Juni, und wenn dieser auf einen Sonntag trifft, der 25. Juni jeden Jahres"[2]). Gesetzliche Umschlagstermine sind auch in Schleswig-Holstein eingeführt[3]). In dem übrigen Deutschland giebt es, soviel bekannt, eine derartige Einrichtung nicht.

Bei der Berathung des preuß. Gesetzentwurfes über den Eigenthumserwerb ꝛc. wurde die gesetzliche Bestimmung von Zahlungsterminen für den Hypothekenverkehr in dem Gebiete des A. L. R. vorgeschlagen. Der Vorschlag scheiterte jedoch schon in der Kommission des Herrenhauses, nachdem man gegen ihn geltend gemacht hatte, daß die sog. Umschlagstermine unter ganz anderen wirthschaftlichen Zuständen und Verkehrsverhältnissen als den jetzigen entstanden und nur aus alter Gewohnheit beibehalten, auch mit der Tendenz des Entwurfes, dem Geldverkehre einen möglichst weiten Markt zu sichern, nicht zu vereinigen seien, es mithin an jeder Berechtigung, sie zwangsweise in dieser oder jener Provinz neu einzuführen, für den Gesetzgeber fehle[4]).

Für das bürgerliche Gesetzbuch empfiehlt es sich, weder die Termine, an welchen die Zinsen zu entrichten sind, gesetzlich zu bestimmen, noch die Eintragung der Termine in das Grundbuch als materielles Erforderniß vorzuschreiben.

Aus der akzessorischen Natur der Hypothek ergiebt sich, daß für die Zeit der Zinsenzahlung das persönliche Schuldverhältniß, durch welches die Forderung begründet wird, maßgebend ist. Wollte man die Zeit gesetzlich bestimmen, so würde die Bestimmung in das Obligationenrecht gehören und dort für alle Arten von Geldschulden gleichmäßig getroffen werden müssen. So weit zu gehen, untersagt sich aber aus Rücksicht auf die verschiedene Natur der einzelnen Schuldverhältnisse. Für die vierteljährliche Entrichtung der Hypothekenzinsen wird zwar besonders betont, daß die Eigenthümer für die Beschaffung der Mittel zur Verzinsung der eingetragenen Kapitalien hauptsächlich auf den Ertrag aus der Vermiethung angewiesen seien, der Miethzins aber nach § 517

---

[1]) v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 21 S. 162.

[2]) Aus dem Gesetze, betr. die Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern in Neuvorpommern ꝛc., v. 21. März 1868 § 77.

[3]) Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen S. 187.

[4]) Bericht der 8. Kommission des H. H., bei Werner 2 S. 55.

in der Regel am ersten Tage des Kalendervierteljahres zu entrichten sein werde. Allein diese Erwägung rechtfertigt nicht den an sie geknüpften Schluß. Denn sie paßt überhaupt nicht für die durch Selbstbewirthschaftung genutzten Grundstücke und trifft, da jene Bestimmung nach § 539 auf den Pachtvertrag keine Anwendung findet, für die verpachteten Güter und Ländereien nicht zu. Ein thatsächlicher Zusammenhang zwischen der Verzinsung der Hypothekenkapitalien und den Miethzinsen tritt auch nur in einigen Theilen Deutschlands hervor. In anderen Theilen erfolgt die Festsetzung der Termine für die Hypothekenzinsen ganz unabhängig von der Wohnungsmiethe. Bei dieser Verschiedenheit der geschäftlichen Gewohnheiten kann es ohne Schaden für die Rechtseinigung belassen werden. Der Versuch, denselben durch das Gesetz eine andere Richtung anzuweisen, würde überdies schwerlich den gehofften Erfolg haben.

Für die Eintragung der Zinsentermine in das Grundbuch mit subsidiärer gesetzlicher Festsetzung derselben auf den ersten Tag des Kalendervierteljahres wird ein wesentlich formeller Grund geltend gemacht, nämlich der, daß im Zwangsversteigerungsverfahren die Termine, an welchen die Hypothekenzinsen fällig werden, von großer Wichtigkeit seien, das Vollstreckungsgericht aber diese Termine, wenn dieselben weder aus dem Grundbuche noch aus dem Gesetze sich ergeben, häufig nur durch Einsicht der in den Grundakten befindlichen Eintragungsbewilligungen feststellen könne, die Herbeischaffung dieser Akten aber bisweilen mit Schwierigkeiten und Verzögerungen verbunden sei. Allein dieser Unzuträglichkeit muß entweder durch eine Ordnungsvorschrift in der Grundbuchordnung oder durch eine zweckentsprechende Gestaltung des Zwangsversteigerungsverfahrens begegnet werden. Keineswegs erscheint es gerechtfertigt, deswegen in das materielle Recht einzugreifen.

c) Die Zahlungsbedingungen, d. h. die Vereinbarungen der Betheiligten über die Zeit, den Ort und die Art der Zahlung des eingetragenen Kapitales. Nach dem preuß. Gesetze und dessen Nachbildungen müssen sie eingetragen werden. In anderen Gesetzen wird, wie es scheint, die Eintragung nicht vorgeschrieben. Für Hamburg besteht eine gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Monaten[1]). Vom Standpunkte des Entwurfes muß, nachdem bezüglich der Zinsen die gesetzliche Regelung der Zahlungszeit abgelehnt worden ist, folgerichtig diese Regelung auch in Ansehung der Zahlung des Kapitales unterbleiben. Auch für die Eintragung der Zahlungszeit ist ein Bedürfniß nicht anzuerkennen. Für die Zahlungsbedingungen ist durchweg der Inhalt der Eintragungsbewilligung und, soweit diese schweigt, das Recht der Schuldverhältnisse maßgebend.

c) wegen der Zeit, des Ortes und der Art der Zahlung des Kapitales.

Eine Vorschrift über den nothwendigen Inhalt der Eintragungsbewilligung, wie sie das preuß. Ges. § 23 und die Gesetze anderer Staaten enthalten, ist für den Entwurf entbehrlich. Wenn aus dem § 1064 in Verbindung mit § 1062 sich ergiebt, was in das Grundbuch einzutragen ist, so kann es nach § 828 im einzelnen Falle nicht zweifelhaft sein, welche Anforderungen an die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek zu stellen sind.

Inhalt der Eintragungsbewilligung.

---

[1]) Ges. über Grundeigenth. und Hypoth. v. 4. Dezember 1868 § 41.

β. Nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit oder der Erhöhung des Zinssatzes.

§ 1065.

1. Das Kapital hat die Bestimmung, Zinsen zu bringen. Wenn daher eine Forderung nicht als verzinslich eingetragen ist, so ist zu gewärtigen, daß der Gläubiger, sobald sie fällig geworden, Zahlung verlangen und, wenn diese ausbleibt, die Hypothek geltend machen wird. Die üble Lage, in welche der Eigenthümer hierdurch gerathen kann, läßt sich jedoch in der Regel vermeiden, wenn nachträglich die Eintragung der Verzinslichkeit mit einem angemessenen Zinssatze erfolgt. Denn entweder wird der Gläubiger dann die Hypothek stehen lassen, oder es wird sich ein Anderer finden, der dieselbe erwirbt. Die Sache ist einfach, wenn Rechte, welche der Hypothek im Range gleich- oder nachstehen, nicht eingetragen sind; es genügt in diesem Falle der dingliche Vertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger, um die nachträgliche Eintragung herbeizuführen und damit die Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen zu bewirken. Sind dagegen gleich- oder nachstehende Rechte vorhanden, so kann dieser Erfolg nur mit Zustimmung der Berechtigten erreicht werden, sofern nicht das Gesetz von derselben absieht. Denn an sich hat jedes Recht an einem Grundstücke vermöge seiner dinglichen Natur den Vorrang vor allen nach ihm entstehenden Rechten und also auch vor jeder Erweiterung eines ihm im Range gleich- oder vorstehenden Rechtes[1]). Es kann daher auch die Verzinslichkeit einer Forderung nachträglich nur an der letzten Stelle im Grundbuche eingetragen werden, falls nicht die der Hypothek gleich- oder nachstehenden Berechtigten die Eintragung mit dem Range des Kapitales bewilligen. Durch diese Konsequenz aber ist jener Ausweg dem Eigenthümer so gut wie verschlossen. Denn auf die letzte Stelle wird sich der Gläubiger mit den Zinsen regelmäßig nicht verweisen lassen, und zu einer Eintragung mit dem Range des Kapitales werden die gleich- oder nachstehenden Berechtigten kaum je ihre Einwilligung geben. Verschiedene Gesetze gestatten deshalb die nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit, und zwar mit einem Zinssatze bis zu fünf vom Hundert, an der Stelle und mit dem Range des Kapitales ohne Rücksicht auf gleich- und nachstehende Rechte, indem sie davon ausgehen, daß der mit einer solchen Eintragung verbundene Eingriff in diese Rechte kaum je von praktischer Bedeutung sein und jedenfalls durch den günstigen Einfluß der dem Eigenthümer beigelegten Befugniß auf den Realkredit reichlich aufgewogen wird; so namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 25 und die ihm nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc., die wichtigsten Hypothekengesetze Mecklenburgs[2]), das weimar. Pfandges. § 93 Abs. 2 und das anhalt. Grundb. Ges. § 39. Der Entwurf schließt sich diesen Vorgängen an, indem er die Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen in dem vorausgesetzten Falle zuläßt, ohne die Einwilligung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu fordern.

---

[1]) Vergl. § 840 und die Anm. zu demselben.

[2]) Mecklenb. rev. Hypoth. O. für Landg. § 14 und rev. Stadtb. O. § 15.

2. Die für diese Bestimmung angeführten Gründe treffen auch dann zu, wenn der eingetragene Zinssatz bis zu fünf vom Hundert erhöht werden soll. Im Einklange mit den erwähnten Gesetzen wird deshalb in dem § 1065 die Erhöhung des Zinssatzes der Neueintragung eines solchen gleichbehandelt.

γ. Erstreckung der Hypothek auf gesetzliche Zinsen und auf die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

§ 1066.

Nach röm. Rechte erstreckt sich das Pfandrecht auf die Forderung mit deren Erweiterungen, also namentlich auch auf die Zinsen, welche gesetzlich von derselben zu entrichten sind, und auf die Kosten, welche der Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung aufgewendet hat. Der Standpunkt des geltenden Rechtes stimmt hiermit in Ansehung der Erweiterungen, welche die Forderung erfahren kann, nicht durchweg überein.

1. Für die gesetzlichen Zinsen der eingetragenen Forderung haftet das Grundstück, ohne daß hierauf die Eintragung bezw. die Bestellung der Hypothek besonders gerichtet ist, in Sachsen, Hessen, Rudolstadt, Reuß ä. L., Hamburg und Lübeck[1]). Dasselbe gilt in Ansehung der Verzugszinsen in Bayern rechts des Rheines, Mecklenburg, Altenburg und Reuß j. L.[2]). Dagegen erkennen die Gesetze anderer Staaten, namentlich Preußens und Württembergs, eine Haftung des Grundstückes für gesetzliche Zinsen nur an, wenn dieselben eingetragen sind[3]). 1. Zinsen.

Der Entwurf läßt diese Haftung eintreten, ohne daß dieselbe in das Grundbuch besonders eingetragen oder in der Eintragungsbewilligung bestimmt ist. Er geht davon aus, daß hier die Sache anders liegt als hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Zinsen. Für den Realkredit ist die Erstreckung der Hypothek auf die gesetzlichen Zinsen von keiner schädlichen Wirkung. Das Gesetz kann sein Prinzip hier um so eher modifiziren, als die Beschaffenheit der Forderung sowie die künftige Rückzahlbarkeit derselben und damit auch die Verpflichtung oder doch bei Verzugszinsen die Möglichkeit des Eintrittes der Verpflichtung zur Verzinsung sich aus dem Grundbuche ergeben werden. Der Absicht der Betheiligten wird es regelmäßig entsprechen, daß die dem Gläubiger zu gewährende Sicherheit sich auf die gesetzlichen Zinsen, insbesondere die Verzugszinsen, miterstreckt, da dieselben eine gesetzliche Erweiterung der Forderung

---

[1]) Sächs. G. B. § 416; hess. Pfandges. Art. 72 Nr. 2; rudolst. Hypoth. Ges. § 27; Ges., betr. die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc., für Reuß ä. L. §§ 68, 69; Ges. über Grundeigenthum ꝛc. für Hamburg §§ 32 ff.; Hypoth. O. für Lübeck § 45.

[2]) Vergl. das bayr. Hypoth. Ges. § 43; die mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landg. § 28 Nr. 2 und revid. Stadtb. O. § 26 Nr. 6; die Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg §§ 69 ff. und Reuß j. L. §§ 68 ff.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 483 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30; württemb. Pfandges. Art. 53; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha § 30, Braunschweig § 35, Waldeck ꝛc. Wegen des franz. Rechtes siehe code civil Art. 2148 Ziff. 4, 2151.

bilden und ohne sie der Gläubiger keine volle Sicherheit für die Befriedigung seines Anspruches haben würde. Wollte man die Haftung des Grundstückes für gesetzliche Zinsen von der Bewilligung des Bestellers der Hypothek bezw. von der Eintragung abhängig machen, so würde die Folge die sein, daß in allen Eintragungsbewilligungen, die von rechts- und geschäftskundiger Hand herrühren, eine entsprechende Bestimmung Aufnahme finden und nur unerfahrene Personen von derselben absehen und Schaden leiden würden. Das Bedenken, daß der Eintritt des Verzuges aus dem Grundbuche nicht erhellt, würde auch im Falle der Eintragung einer bedingten Hypothek für die Verzugszinsen Platz greifen und ist folglich, da man eine derartige Hypothek keinesfalls würde ausschließen können, ohne praktische Bedeutung.

2. Kosten.

2. In Ansehung der Kosten weist das geltende Recht sehr verschiedene Bestimmungen auf.

a) Haftung des Grundstückes.

a) In einigen Staaten, namentlich in dem Königreiche Sachsen, erstreckt sich die Hypothek auf die Kosten nur, wenn sie für dieselben besonders bestellt bezw. die Kosten neben der Hauptforderung eingetragen sind[1]). Nach dem franz. G. B. muß bei den der Eintragung bedürfenden Hypotheken der Geldbetrag, bis zu welchem das Grundstück für Nebenforderungen haften soll, angegeben werden[2]). In Bayern, mit Ausschluß der Pfalz, wird ein dingliches Recht wegen nicht eingetragener Kosten anerkannt, wenn es gegen den Besteller der Hypothek geltend gemacht wird und andere Hypothekengläubiger dadurch nicht benachtheiligt werden[3]). Dasselbe gilt für Württemberg[4]) und, wenn auch nicht ausnahmslos, für Mecklenburg[5]). Viel weiter gehen die Pfandgesetze für Hessen (Art. 72 Nr. 2) und Weimar (§ 94) sowie das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. (§ 30) und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. Nach diesen Gesetzen erstreckt sich die für eine Forderung eingetragene Hypothek auf die Kosten, ohne daß dieselben im Grundbuche oder in der Eintragungsbewilligung bezw. in der Verpfändungsurkunde erwähnt zu werden brauchen. Das hess. Ges. beschränkt jedoch die Haftung des Grundstückes für Kosten und sonstige Nebenforderungen insofern, als dieselbe nur bis zu einem den vierten Theil des eingetragenen Kapitales nicht übersteigenden Betrage in Anspruch genommen werden kann[6]).

Der Entwurf stellt die Kosten unter dieselbe Vorschrift wie die gesetzlichen Zinsen, indem ihn die Erwägung leitet, daß die Gründe, welche für die Erstreckung der Hypothek auf diese Zinsen sprechen, in noch höherem Grade bezüglich der Kosten sich geltend machen. Die Hypothek würde in großen

---

[1]) Sächs. G. B. § 418; Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg § 70, Reuß ä. L. § 70, j. L. § 69. Aehnlich das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 484 ff.

[2]) Code civil Art. 2148 Ziff. 4.

[3]) Bayr. Hypoth. Ges. § 43.

[4]) Württemb. Pfandges. Art. 55, 95.

[5]) Mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landg. § 32 Nr. 7 und revid. Stadtbuch O. § 34 Nr. 5; Hypoth. Ges. für das Dom. in Schwerin § 31 und Strelitz § 50.

[6]) Nach dem bayr. Entw. III Art. 389 beträgt der höchste Satz nur ein Fünftel der eingetragenen Hauptforderung.

Gebieten des Reiches ihre Anziehungskraft für das Kapital verlieren, wenn sie für die Kosten keine oder doch nur eine beschränkte Sicherheit gewährte. Jede Forderung erweitert sich um die Kosten, welche der Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung aufwenden muß. Er würde sonst das nicht bekommen, was ihm geschuldet wird. Daher ist die Hypothek, welche für eine Forderung bestellt wird, zugleich auch für die Kosten als mitbestellt anzusehen. Das Gesetz, welches ihre Erstreckung auf die Kostenforderung ausspricht, ersetzt durch seine Publizität die Eintragung der letzteren. Die Abschwächung freilich, welche das Spezialitätsprinzip erleidet, läßt sich nicht vermeiden. Allein durch sie wird der Realkredit weniger geschädigt, als wenn für die Kosten eine besondere Sicherungshypothek eingetragen werden müßte. Denn diese würde gewiß in vielen Fällen, vielleicht regelmäßig, zum Nachtheile des Eigenthümers auf einen das Bedürfniß überschreitenden Betrag bemessen werden. Das sächs. G. B. sucht die Schwierigkeiten einfach dadurch zu lösen, daß es die Hypothek für Kosten, welche ohne eine bestimmte Summe eingetragen sind, im Konkurse, sowie bei Unzulänglichkeit des Grundstückes zur Befriedigung aller eingetragenen Gläubiger außerhalb des Konkurses, nur bis zu dem Betrage von fünfzig Thalern gelten läßt[1]). Diese Lösung ist jedoch ebenso willkürlich, wie die Beschränkung des dinglichen Rechtes wegen der Kosten auf einen Bruchtheil der Hauptforderung; der Gläubiger kann dadurch empfindlich geschädigt werden. Es erscheint daher am angemessensten, die Würdigung des möglichen Höchstbetrages der Kosten im einzelnen Falle demjenigen anheimzugeben, der auf ein bereits belastetes Grundstück Kredit gewährt.

b) Die Kosten, für welche das Grundstück haftet, sind nach dem preuß. Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. § 30 und den gleichnamigen Gesetzen für Coburg-Gotha, Oldenburg, Braunschweig ꝛc. die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und der Beitreibung. Auf die Eintragungskosten wird die Haftung sonst, wie es scheint, nur noch in dem franz. G. B. Art. 2155 und vielleicht in dem hess. und dem mecklenb. Rechte ausgedehnt. Die Kündigungskosten gehören auch nach dem sächs. G. B. § 418 und dem Gesetze für Reuß ä. L. § 70 hierher. Die Kosten des Prozesses und der Zwangsvollstreckung in das Grundstück kommen nach allen Gesetzen in Betracht, von welchen die Hypothek auf die Kosten erstreckt wird[2]). Der Entwurf unterscheidet wie folgt: b) Die in Betracht kommenden Kosten.

a. Die Haftung des Grundstückes für die Eintragungskosten wird abgelehnt. Für den Realkredit würde sie ohne praktische Bedeutung sein. An sich aber muß darauf gehalten werden, daß das Spezialitätsprinzip nicht mehr als unbedingt nöthig abgeschwächt wird. Gegen die Erstreckung der Hypothek auf die Eintragungskosten spricht überdies, daß, wenn die Geltendmachung des dinglichen Rechtes erst nach Jahren erfolgt, es oft nicht ohne Schwierigkeiten sein wird, festzustellen, ob diese Kosten von dem Gläubiger oder dem Eigenthümer bezahlt sind.

---

[1]) Sächs. G. B. § 418.

[2]) In den meisten Staaten werden die Kosten der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung aus der Masse entnommen.

β. Wegen der Kündigungskosten muß der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt werden, weil er, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängig ist, die Hypothek nicht geltend machen kann, ohne vorher gekündigt zu haben.

γ. Auch die Erstreckung der Hypothek auf die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung bedarf einer weiteren Rechtfertigung nicht. Die Kosten der persönlichen Klage, wenn dieselbe mit der dinglichen Klage gegen den Eigenthümer verbunden wird, gehören an sich nicht zu den Kosten, für welche das Grundstück haftet. Der Regel nach werden jedoch durch die Verbindung die Kosten sich nicht erhöhen. Die Entscheidung darüber, ob trotzdem im einzelnen Falle gewisse Kosten von der Beitreibung aus dem Grundstücke auszuschließen sind, kann der Praxis ohne nähere Direktive überlassen bleiben. Daß Prozesse, welche der Gläubiger gegen andere Personen als den Eigenthümer des Grundstückes führt, nicht unter die Vorschrift des § 1066 fallen, erscheint nicht zweifelhaft.

3. Andere Nebenforderungen.

3. Die Hypothek des Entwurfes erschöpft sich in der Haftung ihres Gegenstandes für Kapital, Zinsen und Kosten. Die Landesgesetze bemessen zum Theil die Haftung weiter. Das preuß. Ges. z. B. dehnt dieselbe auf eingetragene Jahreszahlungen aus, welche neben den Zinsen zu entrichten sind. Auch das sächs. G. B. gedenkt der wiederkehrenden Leistungen besonders[1]). Andere Gesetze lassen die Hypothek sogar für den Schadensersatz haften, welcher dem Gläubiger zu leisten ist; so namentlich das hess. Pfandges. Art. 72 und die mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landgüter § 32.

Ein praktisches Bedürfniß für derartige Erweiterungen der Hypothek ist schwerlich erweisbar. Mit dem Eintragungsprinzipe und dem Spezialitätsprinzipe stehen dieselben nicht im Einklange. Die Jahreszahlungen werden entweder auf das Kapital oder auf die Zinsen geleistet. Haben sie eine besondere Forderung zum Gegenstande, so kann für dieselbe besonders Hypothek bestellt werden. Für mögliche Schadensersatzforderungen des Gläubigers ist die Sicherungshypothek das geeignete Mittel zur Sicherstellung des Gläubigers.

2. Umfang der hypothekarischen Haftung.

a) Gegenstände dieser Haftung.

§ 1067.

Grundsatz.

Nach röm. Rechte ergreift das Pfandrecht seinen Gegenstand ganz, die Hypothek an einem Grundstücke mithin alle Bestandtheile desselben, auch die mit dem Eigenthume verbundenen Rechte, ferner die Früchte, wenn sie mit ihrer Trennung dem Verpfänder zufallen, und das Zubehör. Im Allgemeinen gehen von diesem Standpunkte auch die modernen Gesetzbücher und Hypothekengesetze aus. Wenn sie im Einzelnen von demselben abweichen, so erklärt sich dies einerseits aus einer nicht gleichmäßigen Auffassung der römischen Quellen,

[1]) Sächs. G. B. § 417.

andererseits aus der Verknüpfung des hypothekarischen Rechtes mit dem öffentlichen Buche, bezw. aus der Rücksicht auf den Realkredit und den Verkehr. Der Realkredit ist wesentlich dadurch bedingt, daß dem Gläubiger die Sicherheit, welche derselbe durch die Eintragung erlangt, bis zur Verwirklichung der Hypothek erhalten wird. Um dieses Ziel zu erreichen, muß das Grundstück nicht blos in seinem rechtlichen Bestande, sondern auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden wirthschaftlichen Bestande dem dinglichen Rechte des Gläubigers unterworfen werden. Daher ist die Hypothek nicht auf die nach röm. Rechte haftenden Gegenstände zu beschränken, sondern auf alle den wirthschaftlichen Bestand des Grundstückes ausmachenden Gegenstände, namentlich auf die mit der Trennung dem Eigenthümer zufallenden Früchte, auch wenn dieser nicht der Verpfänder ist, desgleichen auf die an die Stelle der Früchte tretenden Pacht- und Miethzinsforderungen und auf Forderungen aus der Versicherung von Gegenständen, die kraft der Hypothek dem Gläubiger haften, grundsätzlich auszudehnen. Andererseits verlangt die Rücksicht auf den Verkehr und auf die wirthschaftliche Stellung des Eigenthümers, daß dem letzteren die Verfügung über die mithaftenden Sachen und Forderungen, soweit es das berechtigte Interesse des Gläubigers nur irgend gestattet, belassen werde. In dieser Hinsicht enthalten die §§ 1068—1070 die erforderliche Regelung. Der § 1067 bestimmt nur, welche Gegenstände von der Hypothek ergriffen werden.

Nach ihm haften kraft derselben dem Gläubiger: Die haftenden Gegenstände:

1. Das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande. Zunächst ist für den Umfang des dinglichen Rechtes der Bestand des Grundstückes zur Zeit der Eintragung maßgebend. Sodann kommen die Erweiterungen in Betracht, welche dieser Bestand in der Folgezeit erfährt. Die bestehenden Gesetze gehen, soweit sie die hieran sich knüpfende Frage entscheiden, davon aus, daß die Hypothek Alles ergreift, was als Bestandtheil dem Grundstücke hinzugefügt wird[1]). Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. führt unter den Gegenständen der Haftung namentlich auf: „Das ganze Grundstück mit allen seinen, zur Zeit der Eintragung nicht abgeschriebenen Theilen (Parzellen, Trennstücken); die auf dem Grundstücke befindlichen oder nachträglich darauf errichteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude; die natürlichen An- und Zuwüchse, die stehenden und hängenden Früchte; ..... die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzien) und Gerechtigkeiten". Für den Entwurf ist eine Aufzählung einzelner Bestandtheile hier entbehrlich, da die §§ 783—788 ergeben, wodurch der Bestand eines Grundstückes gebildet wird, mithin nur eine Vorschrift nöthig ist, welche im Einklange mit dem Grundsatze des § 782 klarstellt, daß für den Umfang der Haftung des Grundstückes der Bestand desselben zur Zeit der Verwirklichung des hypothekarischen Rechtes entscheidend ist. Einige Punkte bedürfen indessen einer näheren Betrachtung. 1. das Grundstück, und zwar

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 443 ff. und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 30, 32; bayr. Hypothekengef. §§ 33 ff.; sächs. G. B. §§ 410, 414; württemb. Pfandgef. Art. 49; hess. Pfandgef. Art. 46; altenb. Ges. § 54; Ges. über den Eigenthumserw. für Coburg-Gotha, Oldenburg, Braunschweig ꝛc.

a) der Grundstückskörper,

a) Der Grundstückskörper wird von der Hypothek gerade so ergriffen, wie ihn das Grundbuch im Anschlusse an das Flurbuch nach näherer Bestimmung des § 787 nachweist. Fraglich ist aber, ob dieser Grundsatz auch insoweit Anwendung findet, als ein Flächentheil zu der Zeit, als die Hypothek eingetragen wurde, von dem Grundstücke bereits abgetrennt, d. h. vorschriftsmäßig aufgelassen und auf ein anderes Blatt übertragen, auch der Erwerber als Eigenthümer eingetragen, die Abschreibung auf dem Blatte des Stammgrundstückes aber in Folge eines Versehens unterblieben war. Das preuß. Ges. bejaht nach dem Wortlaute seines § 30 diese Frage. Es läßt sich aber auch geltend machen, daß in einem solchen Falle die Parzelle auf zwei Grundbuchblättern eingetragen ist und der öffentliche Glaube, welcher jedem derselben zukommt, wegen des vorhandenen Widerspruches versagt. Bei der geringen praktischen Bedeutung indessen, welche der angeregten Frage beizumessen ist, erscheint es angemessener, der Rechtsprechung die Entscheidung zu überlassen[1]).

in seinem Bestande zur Zeit der Eintragung der Hypothek,

mit den später hinzutretenden Bestandtheilen,

Von unbeweglichen Zubehörstücken ist hier nicht zu reden, da der Entwurf den Zubehörbegriff nur auf bewegliche Sachen anwendet[2]). Soll ein Grundstück zu einem anderen in ein dem Zubehörverhältnisse entsprechendes Verhältniß gebracht werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß es dem anderen Grundstücke als Bestandtheil zugeschrieben wird. Als Bestandtheil aber wird es von den an dem Ganzen begründeten Rechten mitergriffen[3]). Man hat zwar hiergegen eingewendet, daß das Gesetz die Thatsache einer verschiedenen Belastung der Bestandtheile eines Grundstückes gar nicht hindern könne, wenn sich nach der Zuschreibung eines Bestandtheiles bezw. nach der Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Ganzen herausstelle, daß bei einer als unbelastet vorausgesetzten Parzelle eine Belastung zur Ungebühr gelöscht und deshalb wieder einzutragen sei. Allein zur richtigen Behandlung dieses praktisch doch nur höchst seltenen Falles ist eine besondere Vorschrift nicht erforderlich. Die Zusammenlegung von Grundstücken würde allerdings erheblich erleichtert werden, wenn jene Konsequenz nicht gezogen würde. Dagegen fällt aber entscheidend ins Gewicht, daß die mit einer verschiedenen Parzellenbelastung verbundenen Nachtheile grundsätzlich den Vortheil der Zusammenlegung überwiegen. Worin diese Nachtheile für die Grundbuchführung und die Zwangsversteigerung bestehen, ist bereits früher dargelegt worden[4]).

Rechten,

Als Bestandtheile eines Grundstückes gelten nach § 788 auch die mit dem Eigenthume verbundenen Rechte. Ihre Haftung kann indessen nicht mit dem preuß. Ges. allgemein davon abhängig gemacht werden, daß sie dem Grundstücke zugeschrieben sind. Es kommt nur darauf an, daß die Verbindung besteht. Das ist aber bei Grunddienstbarkeiten und Reallasten der

---

[1]) Vergl. §§ 828, 837, 868, 962.

[2]) § 789 und d. Mot. dazu unter Ziff. 6.

[3]) Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 § 454 waren „unbewegliche Pertinenzstücke, welche erst nach erfolgter Eintragung aus fremdem Eigenthume dem Hauptgute beigefügt werden", dem dinglichen Rechte des Gläubigers nicht unterworfen. Das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. hat diese in ihrer Bedeutung zweifelhafte Ausnahme fallen lassen.

[4]) Oben S. 633 Anm. 6.

Fall, sobald die Eintragung bei dem belasteten Grundstücke zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers des anderen Grundstückes erfolgt ist[1]).

Gebäuden;

Die auf dem Grundstücke errichteten Gebäude sind nach § 783 Bestandtheile des Grundstückes. Von dieser Regel sind nur die in dem § 785 bestimmten Fälle ausgenommen. Liegt ein Ausnahmefall vor, so erstreckt sich die Hypothek nicht auf das Gebäude, es sei denn, daß dasselbe von dem Eigenthümer bezw. dem Besitzer des Grundstückes erworben ist. Dies braucht aber in dem Gesetzbuche nicht besonders ausgesprochen zu werden, da nicht zu besorgen ist, daß es bei der Rechtsanwendung verkannt werden möchte.

b) die stehenden und hängenden Früchte,

b) Die Früchte sind, so lange sie mit dem Grundstücke zusammenhängen, als wesentliche Bestandtheile desselben der hypothekarischen Haftung unterworfen. Es fragt sich nur, ob diese Regel sich durchführen läßt, wenn das Grundstück verpachtet und dem Pächter die Inhabung eingeräumt ist.

mit Ausnahme der dem Pächter ꝛc. gebührenden;

Das Recht des Pächters hindert nach gemeinem Rechte den Pfandgläubiger nicht, sich an die Früchte des Grundstückes zu halten. Dasselbe gilt nach einer Reihe von Landesgesetzen, namentlich dem bayr. Hypothekengef., dem sächs. G. B., dem württemb. Pfandgef.[2]). Das preuß. Recht[3]) dagegen, sowie das anhalt. Pfandgef. v. 13. April 1870 § 33 und die Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. für Oldenburg § 30, Braunschweig § 35, Waldeck und Pyrmont § 30, Sondershausen § 27 und Lippe § 30 schließen die dem Pächter zuwachsenden Früchte von der Haftung des Grundstückes aus. Dies entspricht auch dem franz. Rechte[4]).

Die juristische Konsequenz weist nach der Gestaltung des Pachtverhältnisses in dem Entwurfe auf die Durchführung der Regel auch gegen den Pächter hin. Wenn gleichwohl der § 1067 zu Gunsten des in der Inhabung des Grundstückes befindlichen Pächters bestimmt, daß die diesem während der Dauer des Pachtverhältnisses gebührenden Früchte dem Hypothekengläubiger nicht haften, so geht er davon aus, daß hier nur die billige Rücksicht auf die Lage des Pächters entscheiden kann. Die Bedürfnisse des praktischen Lebens fordern dringend diese Rücksicht. Es würde ein große Härte sein und die in volkswirthschaftlicher Beziehung wichtige Verpachtung landwirthschaftlicher Güter in hohem Maße gefährden, wenn der Pächter in Folge der Zwangsverwaltung, zumal diese schon nach kurzer Zeit wieder aufgehoben werden kann, genöthigt sein sollte, das Grundstück zu räumen. Es wäre auch wenig konsequent, dem Hypothekengläubiger gegenüber das Pachtverhältniß schutzlos zu lassen, während dasselbe in den §§ 509 und 532 sogar im Falle der Veräußerung des Grundstückes gegen den Erwerber in Schutz genommen wird. Der Gläubiger erleidet durch die Aufrechthaltung des dem Pächter zustehenden Rechtes auf die natürlichen Früchte ohnehin insofern keinen Nachtheil, als an

---

[1]) §§ 828, 966, 1051.

[2]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 307 Ziff. I, 4.

[3]) A. L. R. I, 9 § 221, I, 20 § 476, I, 21 §§ 2 ff., 358 ff.; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30; Ges. über das Grundbuchwesen in Neuvorpommern und Rügen § 15, Schleswig-Holstein § 38, Hannover, Kassel, Ehrenbreitstein, Hohenzollern.

[4]) Code de proc. Art. 684, 691; v. Roth a. a. O. § 307 Ziff. IV, 4.

die Stelle der letzteren für ihn das Recht auf Befriedigung aus dem Pachtzinse tritt.

Daß die Bestimmung, welche der § 1067 zu Gunsten des Pächters trifft, in den nicht erheblichen Fällen, in welchen der Miether zu einem Fruchtbezuge berechtigt ist, entsprechend angewendet werden muß, wird die Praxis nicht verkennen[1]).

Ebenso zweifellos ist es, daß die dem Nießbraucher gebührenden Früchte dem Hypothekengläubiger nicht haften, wenn der Nießbrauch älter ist als die Hypothek. Dies ist lediglich eine Folge der Regelung des Rangverhältnisses in dem § 840, keineswegs eine besondere Beschränkung der Wirkungen des hypothekarischen Rechtes, welche hier bestimmt werden müßte.

2. die von dem Grundst. getrennten Bestandtheile,

2. Die von dem Grundstücke getrennten Bestandtheile. Wenn die Hypothek als Recht an dem Grundstücke alle Bestandtheile desselben ergreift, so kann ein Bestandtheil dadurch allein, daß die Verbindung zwischen ihm und dem Ganzen aufgehoben wird, von der bisherigen Haftung nicht frei werden. Die dingliche Natur der Hypothek hat gerade darin ihre hauptsächlichste Bedeutung, daß die Ausübung der aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse der Regel nach den Bestand der Hypothek rechtlich nicht beeinflussen, sondern höchstens in thatsächlicher Beziehung verändern kann[2]).

a) Flächenabschnitte,

a) Wird ein Flächenabschnitt von dem Grundstücke getrennt, so folgt hieraus für die Hypothek nur, daß fortan dem Gläubiger zwei Grundstücke haften — das Stammgrundstück und das Trennstück. Die Hypothek muß daher auf das Grundbuchblatt, auf welches das Trennstück übertragen wird, mitübertragen werden[3]). Geschieht dies nicht, so kann allerdings der Gläubiger ohne seinen Willen des dinglichen Rechtes an dem Trennstücke verlustig gehen, aber nicht durch die Thatsache der Trennung, sondern dadurch, daß über das Trennstück zu Gunsten eines mit dem Bestehen der Hypothek nicht bekannten Dritten verfügt wird[4]).

Nach dem bayr. Hypoth. Ges. § 40 und dem sächs. G. B. § 419 soll ohne Genehmigung des Hypothekengläubigers von dem Grundstücke kein Theil abgetrennt werden. Der Zweck des Verbotes ist, den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, welche die Parzellirung für den Gläubiger haben kann. Vom Standpunkte der Reichsgesetzgebung indessen erscheint es nicht gerechtfertigt, zur Erreichung dieses Zweckes der Hypothek einen erweiterten Inhalt zu geben. Das Verfügungsrecht des Eigenthümers würde hierdurch erheblich eingeschränkt, die Freiheit der Parzellirung des Grundbesitzes in hohem Maße beeinträchtigt

---

[1]) Wie Pächter und Miether bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu schützen sind, ergiebt die Anm. zu § 1067 des Entwurfes.

[2]) Vergl. §§ 848, 1062, 1071—1074, 1078.

[3]) Dies ist die Regel. Die Mitübertragung der Hypothek unterbleibt, wenn der Gläubiger sein dingliches Recht in Beziehung auf das Trennstück aufgegeben bezw. die Löschung bewilligt hat, oder wenn nach dem Landesrechte, soweit dasselbe nach der Anm. zu § 787 in Kraft bleiben soll, die Abschreibung des Trennstückes frei von der Hypothek erfolgen muß.

[4]) § 837.

werden. Dies wäre aber sehr bedenklich, da in großen Gebieten des Reiches, namentlich in Preußen, privatrechtliche Beschränkungen der Bodenzerstückelung nicht bestehen und die Auffassung vorwaltet, daß die Parzellirung nur aus Gründen des öffentlichen Wohles beschränkt werden darf. Ob Ordnungsvorschriften zum Schutze des Hypothekengläubigers im Falle der Abtrennung von Grundstückstheilen zu geben sind, muß der Entscheidung bei Aufstellung der Grundbuchordnung vorbehalten bleiben.

b) Früchte und andere beweglt. Sachen,

b) Werden von dem Grundstücke Bestandtheile getrennt, welche durch die Trennung zu beweglichen Sachen werden, so kommt es darauf an, in wessen Eigenthum sie mit der Trennung übergehen.

Die Landesgesetze behandeln, soweit ersichtlich, nur den Fall, wenn Früchte von dem Grundstücke getrennt sind. Soweit die auf dem Grundstücke noch vorhandenen Früchte dem Eigenthümer desselben gehören, haften sie dem Hypothekengläubiger nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30 und den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg § 30, Braunschweig § 35, Sondershausen § 27, Lippe § 30, dem hamb. Ges. über Grundeigenthum ꝛc. § 31 und dem anhalt. Pfandges. § 33. Andere Gesetze erkennen eine Fortsetzung der hypothekarischen Haftung an den Früchten nur an, wenn dieselben vor ihrer Trennung von dem Grundstücke für den Gläubiger zum Zwecke der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung in Beschlag genommen worden sind; so namentlich das bayr. Hypoth. Ges. § 33, das sächs. G. B. § 414, die Pfandgesetze für Württemberg Art. 49 Nr. 3, Hessen Art. 51, Weimar § 85, die Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg § 54 und beide Reuß[1]).

Der Entwurf schließt sich den zuerst erwähnten Gesetzen an, stellt aber in Gemäßheit der §§ 898—902 den Früchten die übrigen Bestandtheile gleich, welche durch ihre Trennung von dem Grundstücke zu beweglichen Sachen werden. Sieht man zunächst von der Stellung des redlichen Besitzers ab, so ergiebt sich aus den angezogenen Paragraphen der Grundsatz, daß die von dem Grundstücke getrennten Bestandtheile, insbesondere die Erzeugnisse desselben, auch nach der Trennung dem Eigenthümer des Grundstückes gehören. Dieser Satz gilt aber nicht für den Fall, in welchem ein Anderer vermöge eines dinglichen Rechtes befugt ist, sich die getrennten Bestandtheile zuzueignen (§ 899); er gilt ferner nicht, wenn diese Befugniß aus einem obligatorischen Grunde einem Dritten zusteht und die Inhabung des Grundstückes dem Dritten zum Zwecke der Zueignung von dem Berechtigten überlassen ist (§§ 901, 902). Die Bestandtheile werden in dem ersteren Falle von dem dinglich Berechtigten, in

mit Ausnahmen zu Gunsten Dritter;

---

[1]) Siehe auch das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 475, 476 und wegen des franz. Rechtes Puchelt, das rhein.-franz. Privileg. und Hypoth. R. 1 § 35 S. 81, 2, für Elsaß-Lothringen § 7 S. 13, Rheinpreußen § 4 S. 39, Baden § 17 S. 162, Rheinhessen § 6 S. 235 und § 11 S. 242, Rheinbayern § 5 S. 210. Nach den mecklenb. Verordnungen zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung v. 3. Mai 1879 § 1 Ziff. 4 haften demjenigen, welchem eine Hypothek an einem Landgute zusteht, auch „die auf dem Landgute vorhandenen, getrennten, dem Eigenthümer gehörigen Gutsfrüchte, soweit sie zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind".

dem letzteren von dem Inhaber des Grundstückes mit ihrer Trennung erworben. Diese Vorschriften lassen keinen Zweifel, daß der an die Spitze gestellte Grundsatz nicht aus einer Besonderheit des Eigenthumes zu erklären, sondern auf die Natur der dinglichen Rechte zurückzuführen ist. Die hier fraglichen Bestandtheile können freilich nach ihrer Trennung von dem Grundstücke, weil sie durch dieselbe zu beweglichen Sachen werden, nicht mehr den Normen des Immobilienrechtes unterworfen, z. B. nicht durch Auflassung veräußert oder durch Hypothekenbestellung verpfändet werden. Dieser Schluß nöthigt aber nicht, die weitere Konsequenz zu ziehen, daß die an dem Grundstücke bestehenden Rechte Dritter an den von demselben getrennten Bestandtheilen nicht fortdauern. Vielmehr folgt aus der Natur der dinglichen Rechte, daß die Thatsache der Trennung auf dieselben ohne Einfluß ist, gleichviel, ob die getrennten Bestandtheile unter den Begriff der Früchte fallen oder nicht. Ein Unterschied zwischen der Hypothek und einem Nutzungsrechte ist in dieser Hinsicht nicht zu machen, da alle dinglichen Rechte die ganze Sache, wenn auch zu verschiedenen Zwecken, ergreifen. Vom praktischen Standpunkte ist überdies nicht zu verkennen, daß die Sicherheit, welche die Hypothek dem Gläubiger gewähren soll, erheblich beeinträchtigt werden würde, wenn der Eigenthümer berechtigt wäre, diese Sicherheit durch Abtrennung von Bestandtheilen, namentlich durch den Abbruch von Gebäuden, beliebig zu schmälern. Die Vereinfachung des Gesetzes endlich, welche durch die Gleichstellung der verschiedenen Arten von Bestandtheilen erzielt wird, ist ein Vortheil, dessen Werth auf der Hand liegt.

Soweit die Bestandtheile nach der Trennung nicht dem Eigenthümer, sondern dem redlichen Besitzer des Grundstückes zufallen, setzt sich an ihnen die hypothekarische Haftung ebenfalls fort. Ein solcher Besitzer überwindet zwar nach § 900 in der Regel jedes dingliche Recht zur Beziehung der Früchte. Allein auf die Hypothek kann dieser Grundsatz nicht ausgedehnt werden. Die Hypothek muß sich ihrem Begriffe nach nicht allein gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen den Besitzer, welcher nicht der Eigenthümer ist, dergestalt bethätigen, daß der Besitzer nicht günstiger steht als der Eigenthümer. Im Interesse des Realkredites ist hieran festzuhalten.

Soweit die Bestandtheile nach §§ 898—902 mit der Trennung in das Eigenthum eines Anderen als des Eigenthümers oder des Besitzers des Grundstückes übergegangen sind, steht der Entwurf im Einklange mit dem geltenden Rechte von ihrer Mithaftung mit dem Grundstücke ab.

2. das Zubehör (Inventar);

3. Das Zubehör des Grundstückes. Der Satz, daß die Hypothek mit dem Grundstücke zugleich dessen Zubehör ergreift, soweit letzteres dem Eigenthümer des ersteren gehört, gilt fast überall in Deutschland, namentlich in Preußen und den Mittelstaaten[1]), mit Ausnahme von Württemberg[2]).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 443—446 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30; franz. G. B. Art. 2118 Ziff. 2, 2133; bayr. Hypoth. Ges. § 34; sächs. G. B §§ 410—413; hess. Pfandges. Art. 49; mecklenb. Verordn. zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung v. 3. Mai 1879 § 1; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Coburg-Gotha § 30, Oldenburg ꝛc.

[2]) Württemb. Pfandges. Art. 3, 49, 51, 190.

Was im einzelnen Falle Zubehör ist, ergiebt sich für den Entwurf aus den §§ 789 und 791. Besondere Festsetzungen für das Hypothekenrecht erscheinen nicht angezeigt. Namentlich liegt in demselben kein Grund, der dazu nöthigte, nach dem Vorgange des sächs. G. B. §§ 411, 412 die Haftung des Inventares eines zum Betriebe eines Gewerbes oder zur Landwirthschaft eingerichteten Grundstückes auszuschließen bezw. zu beschränken[1]). Das hierfür geltend gemachte Motiv, daß das Inventar eine bewegliche Sache sei, auf welche das Ingrossationssystem nicht passe, geht über das Ziel hinaus, da es in seiner Konsequenz dahin führt, die Hypothek auf das Zubehör überhaupt nicht zu erstrecken. Die weitere Erwägung, daß die Hypothekengläubiger gegen den Verkauf des Inventares insoweit, als darin eine Devastation des verpfändeten Grundstückes liegt, ohnehin ein Widerspruchsrecht haben, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Einmal nämlich ist es mindestens zweifelhaft, ob in dem Verkaufe des Inventares, soweit dasselbe nicht als Zubehör des Grundstückes anzusehen wäre, eine Devastation des letzteren gefunden werden könnte. Sodann aber kommt in Betracht, daß die Sicherheit der Hypothekengläubiger sich erheblich mindern müßte, wenn das Inventar von der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ausgeschlossen würde. Dagegen ist es richtig, wenn in dem sächs. G. B. § 410 hervorgehoben wird, daß es für die Haftung der Zubehörstücke nicht von Belang ist, ob dieselben vor oder nach der Verpfändung des Grundstückes die Eigenschaft als solche erlangt haben[2]).

Welchen Einfluß die Entfernung und die Veräußerung der von dem Grundstücke getrennten Bestandtheile und der Zubehörstücke auf das dingliche Recht des Gläubigers hat, wird in dem § 1068 bestimmt.

4. Die Mieth- und Pachtzinsforderungen ꝛc. Das geltende Recht erstreckt die Haftung der Hypothek auf die sogenannten bürgerlichen Früchte des Grundstückes in verschiedener Weise. 4. die Mieth- und Pachtzinsford. ꝛc.:

a) Einige Gesetze sehen in der Fälligkeit dieser Früchte das der Trennung von dem Grundstücke bei den natürlichen Früchten entsprechende Moment. Nach ihnen haften die Pacht- und Miethzinsen ꝛc. den Hypothekengläubigern nur soweit, als sie nach den für die Haftung der natürlichen Früchte entscheidenden Zeitpunkten fällig werden. So ordnen das Verhältniß die Pfandgesetze für Württemberg Art. 49 Ziff. 4, Hessen Art. 54 und Weimar § 85, die mecklenb. Verordnungen zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung vom 3. Mai 1879 § 1 Ziff. 5, ferner in Ansehung der bürgerlichen Früchte, welche nicht an die Stelle der natürlichen treten, das sächs. G. B. § 415 und bezüglich des Miethzinses das hamb. Gesetz über Grundeigenthum ꝛc. § 32.

---

[1]) Auf dem Standpunkte des sächs. G. B. stehen im Wesentlichen die Entwürfe füe Hessen I Art. 16 ff. und Bayern I Art. 151 u. III Art. 384 sowie das anhalt. Pfandgef. § 33. Das Inventae gehöet zu dem den Hypothekengläubigern haftenden Zubehöre in Peeußen (A. L. R. I, §§ 42 ff.), Bayern, Mecklenbueg, Oldenburg, Beaunschweig ꝛc. Siehe die Anm. 1 auf S. 656.

[2]) Ebenso das peeuß. A. L. R. I, 20 § 446, das franz. G. B. (wenigstens nach dee herrschenden Lehee, vergl. Puchelt a. a. O. 1 § 13 S. 26) und der baye. Entw. III Aet. 353.

b) Nach anderen Gesetzen sind die bürgerlichen Früchte der Hypothek überhaupt nur unterworfen, wenn entweder Konkurs über das Vermögen des Eigenthümers eröffnet oder die Sequestration des Grundstückes eingeleitet ist, aber auch dann nur die von diesen „beiden Zeitpunkten anwachsenden". So namentlich nach dem Pfandges. für Nassau § 31 und den mehrerwähnten Gesetzen für Altenburg § 54, Reuß j. L. § 53 und Rudolstadt § 26, sowie hinsichtlich des Pacht- und Miethzinses nach dem sächs. G. B.

c) Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30 haften kraft der Hypothek dem Gläubiger „die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen", d. h., wenn das Grundstück vermiethet oder verpachtet ist, die Miethzins- bezw. die Pachtzinsforderung und, wenn mit dem Eigenthume ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden ist, die Forderung wegen dieser Leistungen, und zwar ohne Einschränkung, namentlich ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit. Die Bestimmung des preuß. Ges. ist in die Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. übergegangen. Denselben Standpunkt vertreten, wie es scheint, das franz. G. B.[1]), das bayr. Hypoth. Ges. und die Gesetze für Anhalt und Reuß ä. L.

Mit Rücksicht darauf, daß die Beschränkungen, welchen die Haftung der Pacht- und Miethzinsen für die auf das Grundstück eingetragene Forderung zu unterwerfen ist, in dem § 1069 geregelt werden, kann es sich hier nur darum handeln, das Prinzip dieser Haftung selbst zu bestimmen. In dieser Hinsicht schließt sich der Entwurf dem preuß. Ges. an, indem er davon ausgeht, daß die unter Ziff. 1 und 2 zu Gunsten des Pächters getroffene Entscheidung hierzu nöthigt. Wenn die dem Pächter zufallenden Früchte von der Hypothek nicht ergriffen werden, so muß die Pachtzinsforderung an die Stelle der Früchte treten, da sonst die Sicherheit, welche die Hypothek dem Gläubiger gewähren soll, erheblich gefährdet werden, hierunter aber der Realkredit des Eigenthümers leiden würde. Von diesem Standpunkte haftet die Pachtzinsforderung gerade so, wie die Früchte haften, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist. In dieser Analogie liegt kein Moment, welches die Beschränkung der Haftung auf die zur Zeit der Verwirklichung des dinglichen Rechtes noch nicht fälligen oder auf die erst später erwachsenden Zinsraten zu rechtfertigen vermöchte.

Die Begünstigung, welche der § 1067 dem Pächter zu Theil werden läßt, muß auch dem Miether zu gute kommen, da die Gründe, auf welchen sie beruht, bei diesem nicht minder zutreffen, als bei jenem. Der Miether braucht, wenn der Gläubiger die Hypothek lediglich an den Nutzungen des Grundstückes geltend macht, dasselbe ebensowenig zu räumen wie der Pächter. Erst wenn das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird, gelangen Beider Rechte zur Aufhebung. Die erforderlichen Vorschriften bleiben dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehalten[2]). Hier genügt es, im Falle der Vermiethung des Grundstückes der an demselben bestehenden Hypothek auch die Miethzinsforderung zu unterwerfen.

---

[1]) Puchelt 1 § 35 S. 81, § 82 S. 264, 271.

[2]) Anm. zu § 1067 des Entwurfes.

Zu einer abweichenden Behandlung der Forderung auf wiederkehrende Leistungen aus einem mit dem Eigenthume des Grundstückes verbundenen Rechte fehlt es an einem praktischen Bedürfnisse. Theoretisch findet die Gleichstellung einer solchen Forderung mit der Pacht- und Miethzinsforderung ihre Rechtfertigung in den Vorschriften der §§ 788 und 792 Ziff. 2 und 3.

5. Die Forderungen des Eigenthümers und des Besitzers des Grundstückes aus der Versicherung von Gegenständen, welche dem Gläubiger kraft der Hypothek haften. 5. die Ford aus der Versicherung

Für das gemeine und das franz. Recht ist es streitig, ob diese Forderungen von der Hypothek ergriffen werden[1]). In einer Reihe von Staaten, namentlich in Bayern, Württemberg, Baden, wird die Frage verneint[2]). Nach den Pfandgesetzen für Hessen Art. 149, 150, Weimar § 171 und Rudolstadt § 45 kann der Gläubiger, wenn die Wiederherstellung eines durch Brand zerstörten oder beschädigten Gebäudes unterbleibt, die Zwangsversteigerung des Grundstückes mit dem Anspruche auf die Brandentschädigung verlangen. Für das Königreich Sachsen wird aus dem Ges., das Immobiliar-Brandversicherungswesen betr., v. 23. August 1862 § 92 gefolgert, daß die zum Wiederaufbaue abgebrannter Gebäude bestimmten Versicherungsgelder als Zubehör des Grundstückes anzusehen sind[3]). In Hamburg treten die Versicherungsgelder, welche für ein abgebranntes Gebäude gezahlt werden, an die Stelle des Gebäudes[4]). Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 30 haften dem Hypothekengläubiger „die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör und abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind". Wesentlich ebenso, wenn auch im Einzelnen zum Theil abweichend, wird die Haftung der Versicherungsgelder geordnet in dem anhalt. Pfandges. § 33 und den Gesetzen über den Eigenthumserw. 2c. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig 2c., sowie in den Gesetzen für Elsaß-Lothringen v. 4. Juli 1881 und für den Bezirk des preuß. Oberlandesgerichtes zu Köln v. 17. Mai 1884, zu Gunsten der Hypotheken an einem Landgute auch in den mecklenb. Verordnungen v. 3. Mai 1879.

Obschon die Erstreckung der Hypothek auf die Forderungen aus der Versicherung nicht in der Rechtskonsequenz liegt, so kann sie doch von dem bürgerlichen Gesetzbuche mit Rücksicht auf die Richtung, in welcher die Gesetzgebung der meisten Staaten vorgegangen ist, nicht abgelehnt werden. Ein

---

[1]) Windscheid § 248 Note 9; Puchelt, das rhein. franz. Hypoth. R. 1 § 13 S. 27, § 51 S. 157, § 83 S. 277.

[2]) Vergl. für Bayern die Brandverf. O. v. 23. Januar 1811, das Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1822 § 41, das Feuerverf. Ges. v. 28. Mai 1852, v. Roth, bayr. Civ. R. § 191; für Württemberg das Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 125; für Baden Heinsheimer, das bad. Pfandrecht bei Puchelt 2 S. 122.

[3]) Siegmann, sächs. Hypoth. O. S. 150.

[4]) Ges. über Grundeigenthum 2c. v. 4. Dezember 1868 § 31 und Ges., betr. Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen, v. 14. Juli 1879 § 1.

schwer wiegendes praktisches Bedürfniß spricht unleugbar dafür. Die Sicherheit, welche die Hypothek gewährt, ist in zahlreichen Fällen so lange zweifelhaft und unvollständig, als sie durch die Zufälle, gegen welche Versicherung genommen zu werden pflegt, beseitigt oder doch verringert werden kann. Das Interesse des Realkredites erheischt daher, daß, wenn für vernichtete bezw. beschädigte Gegenstände, welche der Hypothek unterworfen waren, auf Grund der Versicherung Ersatz zu leisten ist, die Ersatzforderung dem Gläubiger haftet. Der Gerechtigkeit entspricht diese Haftung ohnehin, da ihre Verneinung den Erfolg haben kann, daß der Eigenthümer aus der Versicherung einen Vortheil erlangt, welcher sein Interesse an der Erhaltung des versicherten Gegenstandes erheblich übersteigt. Ein gewisses Korrektiv hiergegen bieten allerdings diejenigen Gesetze, welche im Falle der Gebäudeversicherung den Versicherten zum Wiederaufbaue eines abgebrannten Gebäudes verpflichten bezw. die Zahlung der Versicherungssumme nur zum Zwecke des Wiederaufbaues gestatten. Allein dergleichen Gesetze bestehen nicht überall in Deutschland; auch beziehen sie sich nur auf die Gebäudeversicherung und treffen meist auch diese nur, wenn dieselbe bei einer staatlichen oder einer unter staatlicher Autorität stehenden Anstalt genommen ist. Wie unentbehrlich eine allgemeine Erstreckung der Hypothek auf die Forderungen aus der Versicherung ist, ersieht man daraus, daß verschiedene Versicherungsgesellschaften ihren Statuten Bestimmungen eingefügt haben, welche die Sicherung der Hypothekengläubiger bezwecken[1]).

Gegenüber den Landesgesetzen, welche nur die Versicherung der Gebäude gegen Brandschaden berücksichtigen, muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn dies auch der praktisch wichtigste Fall der Versicherung ist, doch bei der zunehmenden Bedeutung, welche die Versicherung auch anderer Gegenstände in neuerer Zeit erlangt hat, es nicht angemessen erscheint, die Haftung der Forderungen aus der Versicherung auf jenen Fall zu beschränken. Auch sind diese Forderungen, ähnlich wie der Pachtzins an die Stelle der dem Pächter gebührenden Früchte tritt, als Surrogate der versicherten Sachen aufzufassen und folglich insoweit, als auf diese die Hypothek sich erstreckt, der hypothekarischen Haftung ebenfalls zu unterwerfen. Einer Aufzählung dieser Sachen in dem Gesetzbuche bedarf es nicht. Auch kommt es nicht darauf an, gegen welche Gefahr dieselben versichert sind. Den Gegenstand der Haftung bilden nicht, wie mehrere Landesgesetze sich ungenau ausdrücken, die Versicherungsgelder, sondern die Forderungen aus der Versicherung, und zwar in Konsequenz der Bestimmung unter Ziff. 2 die dem Eigenthümer oder dem Besitzer des Grundstückes (nicht auch die einem Dritten) zustehenden Forderungen.

Wie diese Haftung juristisch zu konstruiren, insbesondere gegenüber dem für die Hypothek geltenden Eintragungsprinzipe und der Gestaltung des Forderungspfandrechtes in dem vierten Titel dieses Abschnittes aufzufassen ist, bleibt der Entscheidung durch die Rechtswissenschaft überlassen. Den Bedürfnissen des Verkehres wird durch die Vorschriften des § 1070 Rechnung getragen.

---

[1]) Vergl. die von Stobbe, deutsches Priv. R. § 112, angeführten Reglements.

b) Begrenzung der hypothekarischen Haftung.

a. Die Haftung der von dem Grundstücke getrennten Bestandtheile und des Zubehöres.

§ 1068.

Verfügung des Eigenthümers.

Soweit die Landesgesetze die von dem Grundstücke getrennten Bestandtheile, welche durch die Trennung zu beweglichen Sachen geworden sind, und die Zubehörstücke der Hypothek unterwerfen, enthalten sie zugleich Bestimmungen, welche darauf abzielen, das Interesse des Eigenthümers dieser Gegenstände an der pfandfreien Verfügung über dieselben zu wahren. Eine ordentliche Wirthschaftsführung wäre in der That unmöglich, wenn die nach § 1067 Ziff. 2 und 3 mit dem Grundstücke haftenden Sachen nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von dieser Haftung frei werden könnten. Die Erzeugnisse des Grundstückes gewähren den Nutzen, den sie zu gewähren bestimmt sind, überhaupt nur dadurch, daß sie verbraucht bezw. in Geld umgesetzt werden. Die übrigen Bestandtheile aber, die hier in Frage kommen, werden in zahlreichen, vielleicht in den meisten Fällen nur deshalb von dem Grundstücke getrennt, weil sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen und durch andere ersetzt werden sollen. Die Zubehörstücke endlich unterliegen regelmäßig der Abnutzung und müssen aus diesem Grunde gleichfalls von Zeit zu Zeit erneuert werden. Das Gesetz kann daher, ohne mit den Bedürfnissen des Lebens in Widerspruch zu treten, die Verfügung über diese Sachen, namentlich die Entfernung derselben von dem Grundstücke, dem Eigenthümer nicht versagen. Es kann aber auch die Fortdauer der Hypothek an denjenigen Sachen, deren Verbindung mit dem Grundstücke völlig gelöst ist, nicht vorschreiben, weil es damit den Grundsatz, daß ein Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfandrecht stattfindet, in bedenklicher Weise durchbrechen würde. Die Rücksicht auf die Sicherheit der Hypothek verlangt nur, daß dem Gläubiger gestattet wird, die in Rede stehenden Gegenstände zum Zwecke seiner Befriedigung in Beschlag nehmen zu lassen, so lange dieselben noch als Erweiterungen des Grundstückes angesehen werden können. Durch die Beschlagnahme treten die von derselben betroffenen Sachen unter ein Veräußerungsverbot, dessen Wirkungen sich aus den Vorschriften des § 107 ergeben. Die Beschlagnahme aber ist gegenstandslos, wenn vor ihrer Vollziehung die Hypothek, auf welche sie sich stützen kann, aufgehört hat, sich auf die bezeichneten Gegenstände zu erstrecken. Es fragt sich nur, an welche Thatsache diese Rechtsfolge geknüpft werden soll.

Beschlagnahme.

Verfüg. durch Entfernung oder Veräußerung 1. von Früchten ꝛc.,

1. Die von dem Grundstücke getrennten Früchte haften nach dem geltenden Rechte, soweit dieses eine solche Haftung überhaupt anerkennt, nur so lange, als sie auf dem Grundstücke vorhanden sind, und auch dann nur, sofern sie dem Eigenthümer desselben gehören[1]). Sie scheiden also aus der Haftung aus, wenn sie entweder von dem Grundstücke entfernt oder auf demselben veräußert werden. Der Entfernung legt der Entwurf in dem ersten Absatze des § 1068 diese Wirkung schlechthin bei. Unerheblich ist eine blos

[1]) Oben S. 655.

vorübergehende Entfernung. Eine solche hat rechtlich nicht die Bedeutung einer Entfernung von dem Grundstücke. Die Thatfrage aber, ob im einzelnen Falle eine nicht blos zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgte Entfernung vorliegt, entzieht sich hier ebenso wie in den Fällen der §§ 521 und 543 der Entscheidung durch das Gesetz. Hinsichtlich der Veräußerung hat der Entwurf nur die negative Bestimmung des zweiten Absatzes: Der vorausgesetzte Fall ist der, daß vor der Beschlagnahme der dingliche Vertrag geschlossen und die Uebergabe an den Erwerber vollzogen, die Entfernung der veräußerten Sachen von dem Grundstücke aber erst nach der Beschlagnahme bewirkt worden ist. In diesem Falle fragt es sich, ob eine Kollision zwischen dem Rechte des Hypothekengläubigers und dem Rechte des Erwerbers vorliegt und, wenn hierauf eine bejahende Antwort gegeben wird, ob der Erwerber den Hypothekengläubiger überwindet, wenn ihm zur Zeit der Entfernung die Beschlagnahme unbekannt war. Die Frage wird hier nicht entschieden, weil die Entscheidung sich aus anderweiten Vorschriften des Entwurfes ergeben muß und deshalb der Rechtswissenschaft zu überlassen ist. Nur um dem Grundsatze, daß die Kenntniß eines eingetragenen Rechtes bei Jedem, der im Widerspruche mit demselben erwerben will, vorauszusetzen ist, auch hier die Befolgung zu sichern, bedarf es einer Vorschrift, nach welcher derjenige, der das Eigenthum oder ein Pfandrecht an den dem Hypothekengläubiger haftenden Sachen vor deren Entfernung von dem Grundstücke erworben hat, sich nicht darauf berufen kann, daß er das Bestehen der Hypothek nicht gekannt habe. Der § 1068 schließt deshalb in seinem zweiten Absatze die Anwendung der §§ 878 und 1152 gegenüber dem Hypothekengläubiger aus.

Was in Ansehung der Früchte gilt, muß in Konsequenz des § 1067 Ziff. 2 auch hinsichtlich der sonstigen von dem Grundstücke getrennten, durch die Trennung zu beweglichen Sachen gewordenen Bestandtheile gelten.

2. von Zubehör.

2. Die Haftung des Zubehöres wird in den Landesgesetzen sehr verschieden begrenzt. Nach dem franz. G. B. Art. 2119, 2133, dem bad. L. R. Satz 2114a und dem württemb. Pfandgef. Art. 3, 51 endet das Recht von Privileg und Hypothek auf ein Zubehörstück mit dessen Entfernung von dem Grundstücke. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 30, die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Sondershausen ꝛc., das anhalt. Pfandgef. § 33 und die mecklenb. Verordnungen zur Ergänzung der Hypothekengesetzgebung § 2 knüpfen diese Wirkung an die Entfernung nur, wenn das Zubehörstück von dem Eigenthümer veräußert ist. Nach den Hypoth. Gesetzen für Bayern § 35 und Rudolstadt § 26 verliert der Gläubiger sein dingliches Recht an dem veräußerten Stücke nur gegen den dritten Besitzer[1]). Das sächs. G. B. § 413, die Gesetze für Altenburg § 68 und beide Reuß § 67 und, wie es scheint, auch das hess. Pfandgef.[2]) nehmen nur den redlichen Besitzer in Schutz.

Vom Standpunkte des Entwurfes können die Zubehörstücke für die hypothekarische Haftung keine andere Bedeutung haben als diejenigen beweg-

[1]) Nach dem bayr. Entw. III Art. 385 hat der Gläubiger auf die von dem Eigenthümer veräußerten beweglichen Bestandtheile und Zubehörungen keinen Anspruch.

[2]) Müller, hess. Pfandrecht § 52 S. 144.

lichen Sachen, welche Bestandtheile des Grundstückes waren. Es ist namentlich kein Grund vorhanden, der eine Verschärfung der Haftung des Zubehöres rechtfertigte. Eine Sache, welche Zubehör eines Grundstückes ist, verliert schon nach § 789 diese Eigenschaft dadurch, daß sie von demselben entfernt wird, ohne daß die Entfernung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgte. Die Entfernung löst hier ebenso wie bei den Bestandtheilen die Verbindung mit dem Grundstücke, und auch die Veräußerung einer mithaftenden Sache kann für den Hypothekengläubiger immer nur dieselbe Wirkung haben, gleichviel welcher Kategorie die Sache angehört. Hinzu tritt, daß das Gesetz erheblich an Einfachheit gewinnt, wenn es das Recht des Gläubigers an allen mit dem Grundstücke haftenden Sachen gleichmäßig bestimmt.

β. Die Haftung der Mieth- und Pachtzinsforderungen und der Forderungen aus einem mit dem Eigenthume an dem Grundstücke verbundenen Rechte.

§ 1069.

Erlöschen der Haftung durch Verfügung des Eigenthümers

Wenn nach den bisherigen Erörterungen davon auszugehen ist, daß die in dem § 1067 Ziff. 4 bezeichneten Forderungen für den Hypothekengläubiger an die Stelle der Nutzungen des Grundstückes treten, so nöthigt die Konsequenz des § 1068 dazu, die Haftung dieser Forderungen ebenso bezw. entsprechend so zu begrenzen wie die Haftung der von dem Grundstücke getrennten Früchte. Der § 1069 enthält deshalb in seinem ersten Absatze das Prinzip, daß über die in Rede stehenden Forderungen ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers so lange frei verfügt werden kann, bis dieselben zu Gunsten des letzteren mit Beschlag belegt worden sind. Das Prinzip bezieht sich sowohl auf die Einziehung als auch auf die Uebertragung und die Belastung der Forderungen. Der Uebertragung wird der Fall gleichgestellt, wenn das Grundstück veräußert und die Forderung auf den Erwerber nicht mitübertragen wird. Die Gleichstellung rechtfertigt sich dadurch, daß auch in diesem Falle die Verbindung zwischen dem Grundstücke und der Forderung aufhört. Das Prinzip bedarf indessen nach zwei Richtungen der Modifikation.

bei Vorausverfügungen,

1. Die eine Modifikation stellt sich als eine Beschränkung des Verfügungsrechtes dar; sie findet in dem zweiten Absatze des § 1069 ihren Ausdruck. Die Landesgesetze, welche nur die nach der Beschlagnahme ꝛc. fällig werdenden bezw. anwachsenden juristischen Früchte der Hypothek unterwerfen[1]), gestatten eine Vorausverfügung über dieselben nicht. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 31 ist „die Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung von Pacht- und Miethzinsen auf mehr als ein Vierteljahr, . . . soweit sie zum Nachtheil der eingetragenen Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit". Dasselbe gilt nach den gleichnamigen Gesetzen für Coburg-Gotha, Oldenburg, Braunschweig ꝛc. Die Frist beträgt nach dem hess. Pfandges. Art. 55 und hinsichtlich des Pachtzinses auch nach dem anhalt. Pfandges. § 33 ein Jahr. In Bayern werden in Gemäßheit des Gesetzes v. 18. Februar 1871

[1]) Vergl. oben S. 657, 658 Ziff. 4 a, b.

bei der Zwangsveräußerung Vorausbezahlungen auf den Miethzins nur für die Zeit bis zu dem auf den Uebergang folgenden Ziele anerkannt[1]).

Der Entwurf schließt sich im Wesentlichen der Vorschrift des preuß. Gesetzes an, sucht indessen durch die Fassung den Streitfragen vorzubeugen, zu welchen dieses Gesetz mit Rücksicht auf die entsprechenden Vorschriften des A. L. R. I, 20 §§ 475—481 Anlaß geben kann. Die Ausschließung der Verfügung über künftige oder künftig fällig werdende Raten erscheint nicht angemessen. Der Eigenthümer, welcher das Grundstück vermiethet oder verpachtet, muß nicht selten dem Miether oder dem Pächter gegenüber auf der Vorauszahlung des Zinses bestehen, wenn er nicht Gefahr laufen will, die Forderung zu verlieren. Dem Pächter und dem Miether kann aber auch, wenn nicht von vornherein verabredet ist, daß der Zins vorausgezahlt werden solle, nicht zugemuthet werden, zu einer Vorauszahlung, die nichts Ungewöhnliches hat, die Zustimmung des Hypothekengläubigers einzuholen. Das Interesse des letzteren ist hinlänglich gewahrt, wenn das Gesetz dafür sorgt, daß ihm der Zins nicht für eine längere Zeit als drei Monate nach der Beschlagnahme entzogen werden kann. Was von der Vorauszahlung gilt, muß aus Rücksicht auf die wirthschaftliche Lage der Betheiligten auf alle Verfügungen ausgedehnt werden, welche der Vermiether oder der Verpächter über die Zinsforderung trifft. Auch liegt ein stichhaltiger Grund nicht vor, welcher zu einer prinzipiell anderen Behandlung der aus einem mit dem Eigenthume verbundenen Rechte hervorgehenden Forderungen drängte; nur daß in Konsequenz der Grundsätze des § 792 Ziff. 2, 3 die drei Monate nicht nach dem Verhältnisse der Zeit, auf welche die Forderung sich bezieht, sondern nach dem Zeitpunkte, in welchem die Leistung fällig wird, zu bestimmen sind.

bei Verfüg. über fällige Forderungen.

2. Die andere Modifikation des Prinzipes enthält eine Erweiterung der Rechte des Eigenthümers in Ansehung der fälligen Forderungen. Obschon nach § 1067 Ziff. 4 der Eintritt der Fälligkeit einer dem Hypothekengläubiger haftenden Forderung als ein diese Haftung aufhebendes Ereigniß nicht anzusehen ist, so darf man sich doch nicht verhehlen, daß die Haftung älterer Rückstände nicht selten schärfer als nöthig in die wirthschaftliche Freiheit des Eigenthümers eingreift, zumal der Hypothekengläubiger, der längere Zeit von einer Beschlagnahme dieser Rückstände absieht, hierdurch zu erkennen giebt, daß er sich an dieselben nicht halten will. Der § 1069 bestimmt deshalb in seinem dritten Absatze, daß diese Haftung erlischt, wenn seit der Fälligkeit der Forderung ein Jahr verstrichen und bis dahin die Beschlagnahme nicht erfolgt ist. Daß das Erlöschen nur unbeschadet der Vorschrift des zweiten Absatzes gemeint ist, wird durch die Wortfassung außer Zweifel gestellt.

γ. Die Haftung der Forderungen aus der Versicherung.

§ 1070.

Die Haftung der Forderungen aus der Versicherung von Gegenständen, welche von der Hypothek ergriffen werden, muß sich in Folge der Erwägungen,

[1]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 307 Note 18.

auf welchen die Vorschrift des § 1067 Ziff. 5 beruht, an sich nach den Grundsätzen bestimmen, welche für die Haftung dieser Gegenstände maßgebend sind. Der Zweck der Versicherung und die verschiedene Beschaffenheit des Objektes der Haftung nöthigen indessen zu einer besonderen Regelung.

1. Durch die Versicherung soll der Schaden ausgeglichen werden, welcher an den versicherten Gegenständen durch die Gefahr entsteht, gegen welche die Versicherung genommen ist. Der Versicherer hat jedoch den Schaden nur nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen zu ersetzen, gleichviel ob dieselben durch Gesetz, durch Statut oder durch Vertrag festgesetzt worden sind. Diesen beiden Sätzen entsprechen die Vorschriften des § 1070 Abs. 1. 1. Erlöschen der Haftung

a) Für den Hypothekengläubiger ist der Schaden ausgeglichen, wenn die von der Gefahr betroffenen Gegenstände wiederhergestellt bezw. wiederbeschafft worden sind. Die wiederhergestellten und die wiederbeschafften Gegenstände treten an die Stelle der beschädigten oder zerstörten, unterliegen mithin dem hypothekarischen Rechte ebenso wie diese. Ist nun die Forderung aus der Versicherung ebenfalls ein Surrogat des versicherten Gegenstandes, so muß sie mit der Wiederherstellung bezw. der Wiederbeschaffung des letzteren von der hypothekarischen Haftung frei werden, wenn anders diese Haftung nicht zu einer Unbilligkeit gegen den Versicherten werden soll. Im Allgemeinen ist dies auch der Standpunkt des geltenden Rechtes[1]). Einige Gesetze geben freilich dem Versicherten nur einen obligatorischen Anspruch auf Befreiung der Versicherungsforderung von der Hypothek, um zu verhindern, daß der Versicherer in den ihn an sich nicht berührenden Streit darüber, ob die Wiederherstellung als eine vollständige anzusehen sei, hineingezogen werde, so namentlich das hess. Pfandgef. v. 15. September 1858 Art. 149 und das Pfandgef. für das vormalige Königreich Hannover v. 14. November 1864 § 18. Allein der angeführte Grund wiegt nicht schwer genug, um die nicht unbedenkliche und immerhin künstliche Konstruktion eines nur obligatorischen Befreiungsanspruches zu rechtfertigen. Die Lösung, welche der Entwurf unter Satz 1 enthält, verdient wegen ihrer größeren Einfachheit und Natürlichkeit den Vorzug. a) durch Wiederherstellung der versicherten Gegenstände,

b) Der Hypothekengläubiger muß die Versicherungsbedingungen gegen sich gelten lassen. Hat daher der Versicherer nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu leisten, so kann auch auf Grund der Hypothek nur diese Leistung gefordert werden, und die nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen zu dem gedachten Zwecke erfolgte Leistung ist auch gegenüber dem Hypothekengläubiger wirksam, selbst wenn das Geleistete thatsächlich nicht dem Zwecke gemäß verwendet wird. Auch dies scheint dem geltenden Rechte, soweit dasselbe den von dem Entwurfe in Satz 2 vorausgesetzten Fall berührt, grundsätzlich zu entsprechen. Neuere Gesetze freilich, welche für Gebiete des franz. Rechtes erlassen sind, verpflichten den Versicherer, von der bevorstehenden Leistung bezw. Verwendung der Versicherungsgelder zur Wiederherstellung ꝛc. b) durch Leistung nach den Versicherungsbed.

[1]) Oben S. 659.

die bevorrechtigten Gläubiger, welche ihre Forderung bei ihm angemeldet haben, zu benachrichtigen[1]). Eine solche Vorschrift aber, die wegen ihres positiven Karakters an sich schon bedenklich ist, greift ohne Noth in das zwischen dem Versicherer und dem Versicherten bestehende Vertragsverhältniß ein. Vom Standpunkte des Entwurfes ist es Sache des Hypothekengläubigers, sich nach den Versicherungsbedingungen zu erkundigen und, wenn er sich nicht überzeugen kann, daß dieselben eine Leistung an den Versicherten rechtfertigen, sein Recht auf dem Wege der Beschlagnahme zur Geltung zu bringen.

Hierbei kommt es, wie bereits angedeutet, nicht darauf an, ob das Verhältniß zwischen dem Versicherer und dem Versicherten durch den Versicherungsvertrag oder durch das Statut der Versicherungsanstalt oder durch Landesgesetz bestimmt wird. Eines Ausspruches in dem Gesetzbuche bedarf es in dieser Hinsicht nicht. Die Erwähnung des Gesetzes ist um so weniger nöthig, als es nicht zweifelhaft ist, daß die Vorschriften der Landesgesetze über das öffentliche Versicherungswesen von dem bürgerlichen Gesetzbuche unberührt bleiben, die Frage aber, ob es deswegen eines ausdrücklichen Vorbehaltes bedarf, der Entscheidung durch das Einführungsgesetz unterliegt. Jedenfalls wird dieses Gesetz bestimmen, daß die sogenannten Retablissementsgesetze, d. h. die Gesetze, welche die Verhältnisse bei dem Wiederaufbaue durch Naturgewalt zerstörter Gebäude zwischen den Betheiligten im öffentlichen Interesse regeln, ihre Geltung nicht verlieren[2]).

Oeffentl. Versicherungswesen.

Retablissementsgesetze.

2. Beschränkung der Haftung

2. Die Fälle, in welchen die Versicherungssumme zur Wiederherstellung bezw. Wiederbeschaffung der versicherten Gegenstände weder thatsächlich verwendet worden noch nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen zu verwenden ist, werden in dem zweiten und dem dritten Absatze des § 1070 geregelt. Die Frage ist die, ob der Versicherte, wenn die Voraussetzungen zur Anwendung des ersten Absatzes nicht vorliegen, über die Forderung frei verfügen kann. Nach dem hess. Pfandgef. Art. 149 ist die Zahlung der Brandentschädigungssumme an den Versicherten nur mit Genehmigung der Hypothekengläubiger oder gegen Sicherheitsleistung für die Verwendung des Geldes zum Wiederaufbaue gestattet. Die mecklenb. Gesetze dagegen geben die Zahlung der fälligen Versicherungsgelder vor der Beschlagnahme frei, indem sie ebenso wie das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. nur die Abtretung und Verpfändung gegenüber den Hypothekengläubigern für unwirksam erklären[3]). Der Entwurf unterscheidet zwischen dem Falle der Gebäudeversicherung und dem Falle der Versicherung anderer Gegenstände.

---

[1]) Ges., betr. die Haftung der Brandversicherungsgelder ꝛc., für Elsaß-Lothringen v. 7. Juli 1881 § 6; Ges., betr. die Haftung der Versicherungsgelder ꝛc., für den Bezirk des ehemaligen Appellationsgerichtshofes zu Köln v. 17. Mai 1884 § 7.

[2]) Anm. zu § 1070 des Entwurfes.

[3]) Mecklenb. Verordn. v. 3. Mai 1879 §§ 3, 4. Die Verpfändung und Belastung verbieten ferner, von den Nachbildungen des preuß. Ges. abgesehen, die Gesetze für Elsaß-Lothringen § 1 und Köln § 1.

a) Bei der Gebäudeversicherung würde die Erstreckung der Hypothek auf die Forderung aus der Versicherung den praktischen Zweck, welchen sie haben soll, in zahlreichen Fällen verfehlen, wenn der Versicherte vor der Beschlagnahme die Versicherungssumme mit Rechtswirkung gegen den Hypothekengläubiger erheben oder über die Forderung zu Gunsten eines Dritten verfügen dürfte. Theoretisch läßt sich dies ohnehin nicht rechtfertigen. Denn aus der Natur der Versicherungssumme als Surrogat des Gebäudes folgt mit Nothwendigkeit, daß dem Versicherten, da derselbe über das Grundstück und also auch über das Gebäude zum Nachtheile des Hypothekengläubigers nicht verfügen kann, auch die Verfügung über die Versicherungssumme untersagt sein muß. Die Verschiedenheit des Gegenstandes nöthigt nur, die Haftung des Versicherers aus dem Grunde des guten Glaubens zu beschränken, d. h. den Versicherer, welcher in Unkenntniß der Hypothek die Verpflichtung aus der Versicherung erfüllt, bezüglich derselben Rechtsgeschäfte vornimmt ꝛc., gerade so zu behandeln wie den Schuldner einer übertragenen Forderung, welcher keine Kenntniß von der Uebertragung hat. Die §§ 303—306 des Entwurfes sind daher zu Gunsten des Versicherers zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Der § 1070 schreibt dies in Abs. 2 ausdrücklich vor, da das Gegentheil daraus gefolgert werden könnte, daß die Hypothek wegen ihrer Ersichtlichkeit aus dem Grundbuche als dem Versicherer bekannt zu gelten habe. a) bei der Gebäudeversicherung.

Die Gebäudeversicherung umfaßt nicht blos die Feuerversicherung, sondern auch die Versicherung gegen Explosionsgefahr und dergl., nicht aber die Glas- oder Spiegelscheibenversicherung.

b) Bei der Versicherung anderer Gegenstände als Gebäude liegt das Verhältniß wesentlich anders als bei der Gebäudeversicherung. b) bei der Versicherung von Früchten, Zubehör ꝛc.

a. Die Gegenstände, um welche es sich praktisch vorzugsweise handeln wird, sind Früchte und Zubehör. Beide Kategorieen sind theils zur Veräußerung bestimmt, theils dem Verbrauche ausgesetzt, und deshalb gemäß § 1068 der freien Verfügung des Eigenthümers unterworfen. Werden sie durch den Eintritt der Gefahr, gegen welche sie versichert wurden, zerstört oder beschädigt, so ist es nur konsequent, daß dem Versicherten die Erhebung der Versicherungssumme und die sonstige Verfügung über die Forderung gestattet wird. Es ist dies aber auch aus wirthschaftlichen Rücksichten nöthig, da der Versicherte oft nur auf diesem Wege sich die Mittel zum Ersatze der fraglichen Gegenstände wird verschaffen können. Der Hypothekengläubiger muß folglich hier ebenso wie bezüglich der Früchte auf den Weg der Beschlagnahme verwiesen werden. Die Bestimmung des § 1070 Abs. 2, daß die Vorschriften des § 1068 Abs. 1 auf die fragliche Forderung entsprechend anzuwenden sind, erscheint mithin gerechtfertigt.

β. Einer Verfügung über die Forderung ist es gleich zu achten, wenn das Grundstück mit Vorbehalt der Forderung von dem Eigenthümer veräußert wird. Die vor der Beschlagnahme erfolgte Veräußerung hebt daher die Erstreckung der Hypothek auf die Forderung auf. Der § 1070 schreibt dies unter Abs. 3 nach dem Vorgange der ähnlichen Bestimmung in dem § 1068 ausdrücklich vor.

c) Untheilbarkeit der hypothekarischen Haftung.

§ 1071.

Der Grundsatz des röm. Rechtes, daß die Hypothek ihren Gegenstand ganz und in allen dessen Theilen bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers ergreift[1]), folgt aus dem Begriffe des Pfandrechtes[2]) und gilt deshalb auch für die eingetragene Hypothek. Er bethätigt sich namentlich dann, wenn das Grundstück, auf welchem die Eintragung erfolgt ist, oder ein mithaftender Gegenstand getheilt oder von vornherein die Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt ist. Jeder Theil, bezw. jeder Gegenstand und jedes einzelne Grundstück haftet für die ganze Forderung. Wird die letztere getheilt, so besteht für jede Theilforderung die Hypothek in ihrem vollen Umfange.

Es kann sich fragen, ob nicht der Grundsatz nach den bisherigen Paragraphen selbstverständlich ist. Bei der Wichtigkeit indessen, welche ihm beiwohnt, erscheint es zweckmäßig, nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 20 §§ 467, 468, des franz. G. B. Art. 2114, des sächs. G. B. §§ 373 ff. und des bayr. Entw. III Art. 355, den Grundsatz in dem bürgerlichen Gesetzbuche auszusprechen.

3. Schutz des Gläubigers gegen Verschlechterung des Grundstückes.

Vorbemerkungen.

Obligatorischer Schutz

Das geltende Recht gewährt dem Gläubiger Schutz gegen Einwirkungen auf das Grundstück, durch welche die Sicherheit der Hypothek in Frage gestellt wird. Ein gewisser Schutz liegt bereits darin, daß derjenige, welcher das Grundstück beschädigt, z. B. das Haus in Brand gesteckt hat, den von ihm verschuldeten Schaden ersetzen muß. Die Frage aber, ob und inwiefern der Ersatzanspruch von dem Hypothekengläubiger verfolgt werden kann, ist nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zu entscheiden[3]). In dieses Gebiet gehört auch der Fall, wenn der Pfandbesteller durch Vertrag oder Testament zur Gewährung eines bestimmten Maßes von Sicherheit verpflichtet und dieses Maß nach Eintragung der Hypothek vermindert wird[4]).

Dinglicher Schutz:

a) nach dem geltenden Rechte;

Mehr absolut und allgemein dagegen ist der Schutz, welchen die Hypothek vermöge ihrer dinglichen Natur in Konsequenz des § 1071 zu beanspruchen hat, wenn ihr Gegenstand sich verschlechtert. Nach röm. Rechte kann der Gläubiger unter Umständen die Bestellung einer Kaution verlangen[5]) oder, wenn es sein Interesse erheischt, noch vor der Fälligkeit seiner Forderung mittels der actio hypothecaria sich in den Besitz der verpfändeten Sache setzen[6]).

---

[1]) L. 16 § 8 D. de pign. et hypothecis 20, 1; l. 65 D. de evict. 21, 2.
[2]) Oben S. 585, 603.
[3]) Vergl. §§ 704 ff.
[4]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 23; württemb. Pfandgef. Art. 52.
[5]) L. 41 D. de jud. 5, 1.
[6]) L. 14 pr. D. de pign. 20, 1.

Die Landesgesetze, welche diesen Gegenstand behandeln[1]), schützen den Gläubiger meist in doppelter Weise, einmal durch gerichtliche Maßregeln, welche einer weiteren Gefährdung der Sicherheit entgegentreten, sodann durch Zulassung des hypothekarischen Anspruches vor der Verfallzeit. So namentlich das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 441, 442 und Gesetz über den Eigenthumserw. 2c. § 50, das bayr. Hypoth. Ges. § 45[2]), die Pfandgesetze für Hessen Art. 80 und Nassau § 32, die Gesetze über den Eigenthumserw. 2c. für Oldenburg, Coburg-Gotha § 50, Braunschweig § 51, Waldeck, Lippe § 50 und Sondershausen § 44. Das sächs. G. B. gedenkt eines Rechtes des Gläubigers auf Befriedigung vor der Verfallzeit nicht; es bestimmt nur unter § 377, daß Aenderungen an der verpfändeten Sache, welche deren Werth zum Nachtheile des Pfandgläubigers mindern, nicht ohne dessen Einwilligung vorgenommen werden dürfen. Nach dem franz. G. B. Art. 1188 und 2131 hat dagegen der Gläubiger jenes Recht, falls der Eigenthümer es nicht vorzieht, die verringerte Sicherheit zu ergänzen.

b) nach dem Entwurfe.

Ein praktisches Bedürfniß für derartige Bestimmungen ist unleugbar vorhanden, da die Hypothek an Anziehungskraft auf das Kapital erhebliche Einbuße leiden würde, wenn ihre Sicherheit durch Verschlechterung des Grundstückes gefährdet werden könnte, ohne daß das Gesetz, soweit es dazu im Stande ist, dem Gläubiger zu Hülfe käme. Die Landesgesetze gehen meist von dem Falle aus, in welchem die Sicherheit der Hypothek eine Minderung erlitten hat oder doch die Verschlechterung des Grundstückes, durch welche sie gefährdet wird, bereits eingetreten ist. Der weitere Fall dagegen, wenn eine solche Verschlechterung nur erst droht, wird nicht besonders behandelt, so daß es unklar bleibt, ob und inwieweit auch in diesem Falle der Gläubiger rechtlich geschützt wird. Der Entwurf hält beide Fälle auseinander, weil jeder derselben eine eigene Regelung erheischt.

a) Drohende Verschlechterung des Grundstückes.

§ 1072.

Grund und Voraussetzung des Schutzes.

Aus der dinglichen Natur der Hypothek muß für den Gläubiger der Anspruch auf die mit der Haftung des Grundstückes gegebene Sicherheit und folglich auf Abwendung aller diese Sicherheit gefährdenden Einwirkungen auf das Grundstück hergeleitet werden. Der Anspruch würde aber seinen Zweck nur unvollkommen erfüllen, wenn das Gesetz ihn auf die Fälle einer bereits eingetretenen Verschlechterung des Grundstückes beschränkte. Das praktische Bedürfniß verlangt vielmehr, daß der Gläubiger schon dann geschützt wird, wenn eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Ver-

[1]) Keine Bestimmungen finden sich hierüber, soweit ersichtlich, in den Gesetzen für Württemberg, Mecklenburg, Hamburg, Lübeck, Meiningen, Anhalt, Rudolstadt. Auch die Grundbuchgesetze für Altenburg und Reuß gehören insofern hierher, als sie nur allgemein bestimmen, daß der Eigenthümer über das Grundstück nur soweit verfügen könne, als es nicht den Hypothekgläubigern nachtheilig sei. Weimar § 116 verweist auf das bürgerliche Recht.

[2]) Vergl. den bayr. Entw. III Art. 380.

schlechterung des Grundstückes nur erst zu besorgen ist. Ein solcher Fall ist namentlich dann gegeben, wenn der Eigenthümer den auf dem Grundstücke stehenden Wald einem Anderen zum Abholzen überlassen, das Gutsinventar verkauft, eine Entfernung desselben aber noch nicht stattgefunden hat. Wenn gegenüber einer derartigen Gefahr einige Landesgesetze, wie es scheint, dem Gläubiger das Recht zugestehen, sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke zu beanspruchen, so kann hierin eine richtige Würdigung der Sachlage nicht gefunden werden. Einmal nämlich rechtfertigt sich die Zulassung der Verwirklichung einer Hypothek für eine noch nicht fällige Forderung vom juristischen Standpunkte jedenfalls so lange nicht, als die Sicherheit thatsächlich noch vorhanden ist; auch würde im einzelnen Falle die Verwirklichung zu einer Härte gegen den Eigenthümer führen können, ohne dem Gläubiger zu nützen, diesem vielmehr wenig willkommen sein, wenn nach Lage des Geldmarktes die günstige Wiederanlegung des Geldes mit Schwierigkeiten verbunden wäre. Sodann aber kommt in Betracht, daß das Interesse des Gläubigers durch die Verweisung auf den Weg der Beitreibung seiner Forderung aus dem Grundstücke nicht genügend gewahrt erscheint, weil inzwischen das Grundstück sich dergestalt verschlechtern kann, daß Befriedigung auf diesem Wege überhaupt nicht mehr zu erwarten ist. Wirksam und angemessen wird der Gläubiger nur geschützt, wenn ihm das Recht eingeräumt wird, die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln zu verlangen. Indem der Entwurf dieses Recht dem Gläubiger beilegt, geht er davon aus, daß die Umstände des einzelnen Falles darüber entscheiden müssen, welche Maßregeln zum Schutze der Hypothek geeignet sind. Die Einleitung einer Zwangsverwaltung des Grundstückes ist nicht ausgeschlossen; sie wird insbesondere dann am Platze sein, wenn es sich um die Bestellung von Feldern oder um nothwendige Bauten zur Abwendung drohender Schäden handelt. Der Gläubiger hat im Wege der Klage gegen den Eigenthümer die von dem Prozeßgerichte zu treffenden Maßregeln zu beantragen, so daß das Urtheil, durch welches dieselben angeordnet werden, den Beklagten zugleich verurtheilt sich ihnen zu fügen; daneben ist der Gläubiger aber auch berechtigt, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch welche die nöthigen Maßregeln schon vor dem Urtheile verhängt werden. Ein Zwang gegen den Eigenthümer zur Vornahme einer Handlung (zu einem Thun) erscheint bei der dinglichen Natur des Anspruches unstatthaft. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, bereits fällig ist oder nicht.

Anspr. auf sofortige Befriedigung.

Maßregeln zur Abwendung der Gefährdung.

Klage des Gläubigers.

Einstw. Verf. des Gerichtes.

b) Bereits eingetretene Verschlechterung des Grundstückes.

§ 1073.

Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 § 441 war der Gläubiger berechtigt, wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen der Substanz die Sicherheit schmälerte, noch vor der Verfallzeit Befriedigung zu fordern. Das franz. C. B. macht in Art. 2131 dieses Recht bezw. den Anspruch auf Ergänzung der Sicherheit davon abhängig, daß das Grundstück entweder

Voraussetzung und Inhalt des Schutzes.

untergegangen ist, oder sich dergestalt verschlimmert hat, daß die Sicherheit des Gläubigers unzureichend geworden ist. Das bayr. Hypoth. Ges. weicht hiervon namentlich darin ab, daß es dem Gläubiger Schutz nur dann gewährt, wenn die Verschlechterung des Grundstückes auf ein Verschulden des Eigenthümers zurückzuführen ist und eine erhebliche Werthsverminderung der Sache zur Folge hat. Eine ähnliche Regelung enthält der bayr. Entw. III Art. 380. Nach dem hess. Pfandges. kann der Gläubiger, wenn der Eigenthümer durch unwirthschaftliches Verhalten den Werth des Grundstückes um ein Viertel vermindert hat, sofortige Befriedigung verlangen, es sei denn, daß die Sicherheit durch ein anderes Unterpfand ergänzt wird. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb 2c. hat die Voraussetzung der Vorschrift des A. L. R. aufgegeben; es verlangt zur Begründung des Anspruches auf Befriedigung vor der Verfallzeit nur „erhebliche Verschlechterungen des Grundstückes, durch welche die Sicherheit des Gläubigers gefährdet wird". Die nämliche Bestimmung haben die oben erwähnten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha 2c.

Der Standpunkt des Entwurfes ist folgender:

1. Die Voraussetzung des Rechtes, welches der § 1073 dem Gläubiger einräumt, besteht darin, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstückes bereits eingetreten und die Forderung noch nicht fällig ist. 1. Voraussetzung:

a) Darauf, ob im einzelnen Falle ein Verschulden des Eigenthümers des Grundstückes eingewirkt hat oder nicht, kommt es nicht an. Dem hiergegen unter Hinweisung auf den § 205 geäußerten Bedenken, daß die Gleichstellung der verschuldeten und der nur zufälligen Verschlechterung eine große Härte gegen den Eigenthümer sein könne, ist nicht beizupflichten. Denn es handelt sich hier lediglich um den aus dem dinglichen Rechte des Gläubigers sich ergebenden Anspruch auf die Sicherheit, welche durch die Hypothek begründet wurde. Für die Voraussetzungen eines solchen Anspruches aber ist nicht, wie in dem Falle des § 205, darauf Gewicht zu legen, ob die Rechtsverletzung, gegen welche der Anspruch sich richtet, von einer bestimmten Person verschuldet ist oder nicht. Die Gleichstellung gewährt überdies den praktischen Vortheil, daß sie den mißlichen Streitigkeiten darüber vorbeugt, ob ein Verschulden dem Eigenthümer zur Last fällt. a) Verschlechterung des Grundstückes, kein Verschulden;

b) Die Verschlechterung des Grundstückes, welche der Entwurf voraussetzt, wird in den meisten Fällen zugleich als eine Verminderung des Grundstückwerthes sich darstellen. Es würde indessen dem Gläubiger die Rechtsverfolgung in ungerechtfertigter Weise erschweren, wenn eine solche Verminderung von demselben bewiesen werden müßte. Wollte man gar verlangen, daß die Verminderung einen bestimmten Bruchtheil des Werthes oder des Verhältnisses der bisherigen Sicherheit zu dem Werthe des Grundstückes überschritten hätte, so wäre hieraus zu folgern, daß eine in dieser Schranke sich haltende Werthverminderung dem Eigenthümer freistände. Diese Folgerung aber würde mit der dinglichen Natur der Hypothek nicht vereinbar sein. Dem Verhältnisse zwischen Eigenthum und Hypothek entspricht allein die Auffassung, daß die Verfügungsbefugniß des Eigenthümers in dem dinglichen Rechte des Gläubigers ihre Begrenzung findet. Der Eigenthümer kann frei verfügen; aber er darf b) Gefährdung der Sicherheit;

das Grundstück nicht so weit verschlechtern, daß dadurch die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird. Hierdurch erledigt sich auch die Frage, ob die Verschlechterung eine erhebliche sein muß.

Das Gesetz würde, wenn es die Erheblichkeit besonders betonte, mißverständlichen Auffassungen Raum geben. Das Wort „erhebliche" vor „Verschlechterung" könnte so verstanden werden, daß eine thatsächlich ganz unbedeutende Verschlechterung des Grundstückes auch rechtlich bedeutungslos sein solle. In diesem Sinne wäre es überflüssig, weil, wenn eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung verlangt wird, nicht zu besorgen ist, daß der Gläubiger vor Gericht Erfolg haben werde, wenn die von ihm gerügte Verschlechterung sich objektiv als eine ganz geringfügige erweist. Das Wort würde aber auch so gedeutet werden können, daß die Verschlechterung in ihrem Verhältnisse zu dem Werthe des Grundstückes eine erhebliche sein müßte. Dann wäre die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1073 dergestalt beschränkt, daß der Zweck derselben in vielen Fällen unerreicht bleiben würde; bei den mit Hypotheken übermäßig belasteten Grundstücken würden die in der Rangordnung zuletzt stehenden Gläubiger die geringe Sicherheit, auf welche sie noch hätten rechnen können, verlieren, ohne daß das Gesetz ihnen zu Hülfe käme.

c) Nichtfälligkeit der Ford.

c) Ist die Forderung bereits fällig, so kann wegen Verschlechterungen des Grundstückes, die einmal eingetreten sind, ein besonderer Schutz dem Gläubiger nicht gewährt werden, da in diesem Falle nicht blos die Zwangsversteigerung, sondern auch die Zwangsverwaltung zum Zwecke der Verwirklichung des hypothekarischen Rechtes nach Maßgabe des § 1075 stattfindet.

2. Inhalt des Schutzes: Anspruch auf Befriedigung.

2. Bei der Frage, welche Rechtsnorm an die oben bestimmte Voraussetzung zu knüpfen ist, geht der Entwurf davon aus, daß einerseits der Gläubiger zum Schutze seiner Forderung berechtigt sein muß, vor der Fälligkeit derselben Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen, andererseits dem Eigenthümer eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Sicherheit nicht auferlegt, dagegen das Recht, den Anspruch des Gläubigers durch Beschaffung der erforderlichen Sicherheit abzuwenden, nicht versagt werden kann, so daß die Wiederherstellung der letzteren nur in solutione ist. Die Landesgesetze, welche dem Gläubiger das Recht auf sofortige Befriedigung absolut und uneingeschränkt zugestehen, führen dazu, dieses Recht auch dann anzuerkennen, wenn die gerügte Verschlechterung die Vorbedingung einer erheblichen Verbesserung ist, z. B. der Eigenthümer das alte Gebäude hat abtragen und ohne Verzug einen werthvollen Neubau hat errichten lassen[1]). Das Bedenken, welches hiergegen sich erhebt, ergiebt sich aus dem Rechte des Eigenthümers zur wirthschaftlichen Benutzung des Grundstückes und aus der Schwierigkeit, die Grenze zwischen den berechtigten und den die Sicherheit der Hypothek in Frage stellenden Einwirkungen im einzelnen Falle zu finden. Der Eigenthümer darf in Ausübung jenes Rechtes auch die Substanz angreifen, z. B. Holz im Walde schlagen und Gebäude abbrechen. Kann dann der Gläubiger auf Grund der durch die eine oder die andere Handlung augenblicklich eingetretenen Gefährdung seiner Sicherheit auf sofortige Befriedigung dringen, so hat man den Keim zu Prozessen,

Abwendung des Anspr. durch Beseitigung der Gefährdung.

[1]) Erk. des vorm. preuß. Ob. Trib. v. 1. November 1875, Entsch. 76 S. 117.

deren Entscheidung durch weitläufige und kostspielige Untersuchungen bedingt und oft mehr als zweifelhaft sein wird. Hinzu tritt die Härte gegen den Eigenthümer, wenn der Abgang nach wirthschaftlichen Grundsätzen vollständig ersetzt, der Neubau vollendet, die abgeholzte Parzelle in ergiebiges Ackerland umgewandelt ist. Derartigen Unzuträglichkeiten wird vorgebeugt, wenn man dem Eigenthümer das erwähnte Recht einräumt. Immerhin freilich behält der Anspruch des Gläubigers seine positive Natur. Aber dieselbe verliert durch das Recht des Eigenthümers wesentlich an Schärfe. Ueber das Verhältniß der beiderseitigen Rechte zu einander und den Inhalt derselben ist Folgendes zu bemerken:

a) Zur Wiederherstellung bezw. Beschaffung der Sicherheit muß dem Eigenthümer eine angemessene Frist gelassen werden. Die Frist ist von dem Gläubiger zu bestimmen. Wollte man die Bestimmung dem Prozeßgerichte oder gar dem Eigenthümer übertragen, so würden nicht selten doppelte Prozesse entstehen, einer über die Angemessenheit der Frist, der andere über das Recht des Gläubigers auf Befriedigung. Ist die von dem letzteren dem Eigenthümer bestimmte Frist verstrichen, so wird in dem dann etwa nöthigen Prozesse zur Verwirklichung der Hypothek zugleich über die Angemessenheit der Frist verhandelt und entschieden[1]). a) Frist zur Beseitigung der Gefährdung.

b) Die Sicherheit des Gläubigers kann dadurch wiederhergestellt werden, daß der Eigenthümer entweder das verschlechterte Grundstück verbessert oder weitere Sicherheit leistet. In ersterer Hinsicht besteht kein Zweifel. In letzterer spricht die Billigkeit dafür, daß dem Eigenthümer nachgelassen wird, den Anspruch des Gläubigers durch Hypothekenbestellung mit einem anderen als dem verschlechterten Grundstücke abzuwenden. Dagegen kann eine durch Verpfändung beweglicher Sachen und Forderungen zu leistende Sicherheit nicht als genügend angesehen werden, weil es dem durch die Hypothek begründeten Rechtsverhältnisse nicht entsprechen und dieses eine zu tief eingreifende Aenderung erleiden würde, wenn der Gläubiger genöthigt werden könnte, eine andere als hypothekarische Sicherheit anzunehmen. b) Mittel zur Beseitigung.

Die Bestimmung des Entwurfes ist übrigens nicht so aufzufassen, als ob gerade die frühere Sicherheit vollständig wiederhergestellt werden müßte; der Eigenthümer braucht die Sicherheit nur insoweit wiederherzustellen bezw. zu ergänzen, als zur Beseitigung der Gefährdung derselben erforderlich ist.

c) Bei unverzinslichen Forderungen muß der Gläubiger, wenn er wegen der Gefährdung seiner Sicherheit Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, sich das sog. Interusurium kürzen lassen. Denn die Zahlung des vollen Betrages würde ihm auf Kosten des Eigenthümers bezw. der in der Rangordnung ihm gleich- oder nachstehenden Berechtigten einen Vortheil verschaffen, für welchen es an einem Rechtsgrunde fehlen würde[2]). Durch die Gefährdung der Hypothek wird nicht sowohl die Forderung fällig, als vielmehr der Gläubiger zur Geltendmachung der Hypothek vor der Fälligkeit berechtigt. c) Interusurium.

Das Interusurium wird bekanntlich auf dreierlei Art berechnet: nach Carpzow durch Kürzung der Zinsen von dem Kapitale, welches der Gläubiger

[1]) Vergl. §§ 210 und 243 des Entwurfes.

[2]) Vergl. die Mot. zur Konk. O. § 58.

nach Eintritt der Fälligkeit würde beanspruchen können, für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit; nach Hoffmann durch Auffindung der Summe, welche mit Hinzurechnung ihres Zinsenertrages für diese Zeit jenes Kapital ergiebt; nach Leibnitz in der Weise, daß außer den Zinsen, welche nach der Hoffmann'schen Methode zu kürzen sind, noch Zinsen von Zinsen in Ansatz gebracht werden. Die Leibnitz'sche Berechnungsart ist die genaueste; sie führt jedoch zu einer Unbilligkeit gegen den Gläubiger, weil dieser nur selten in der Lage sein wird, den Betrag der Zinsen verzinslich anzulegen. Die Carpzow'sche Methode ist falsch, weil nach ihr der Gläubiger, dessen Forderung erst nach zwanzig Jahren fällig wird, bei Bemessung des gesetzlichen Zinssatzes auf fünf vom Hundert gar nichts bekommen würde. Praktisch brauchbar und im Wesentlichen auch richtig ist die Berechnung des Interusuriums nach Hoffmann. Sie ist in der Praxis des gemeinen Rechtes üblich und liegt der Konk. O. § 58 zu Grunde. Auch befolgen sie zahlreiche Landesgesetze, namentlich das sächs. G. B. § 720 und die Gesetze, betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., für Preußen § 31, Bayern Art. 113, Weimar § 68, Oldenburg Art. 66, Braunschweig ꝛc., sowie das hess. Ausf. Ges. zur C. P. O. Art. 168. Der Entwurf hat sich daher in § 1073 Satz 2 für die nämliche Methode entschieden.

c) Verschlechterung und Entfernung von Zubehörstücken.

§ 1074.

Während das preuß. A. L. R. den Gläubiger nur schützte, wenn der Eigenthümer bezw. der Besitzer des Grundstückes die Substanz desselben verringerte, gestatten neuere Gesetze, namentlich auch das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 50, die Auslegung, daß die Voraussetzung des Rechtsschutzes auch durch nachtheilige Einwirkungen auf das Zubehör begründet werden kann. Bei dem großen Einflusse, welchen das Zubehör auf den Werth eines Gutes, eines Industrie-Etablissements und dergl. hat, ist es in der That nicht zweifelhaft, daß das Grundstück im Sinne der §§ 1072 und 1073 sich verschlechtert, wenn Zubehörstücke, welche dem Gläubiger nach § 1067 mit dem Grundstücke haften, entfernt oder verschlechtert werden. Ein Zweifel würde indessen, wenn das Gesetz hierüber schwiege, darauf gestützt werden können, daß nach § 1068 der Eigenthümer über die Zubehörstücke so lange frei verfügen darf, bis dieselben für den Gläubiger in Beschlag genommen werden. Diesem Zweifel wird durch den § 1074 vorgebeugt.

Es ist selbstverständlich, daß die Bestimmung des § 1072 auch dann Anwendung findet, wenn die in dem § 1074 gekennzeichnete Einwirkung auf das Zubehör nur die Sicherheit für die regelmäßige Verzinsung der Forderung gefährdet. Dagegen erscheint es nicht rathsam, mit Rücksicht hierauf auch die Verfügung über Früchte, welche nicht die Eigenschaft des Zubehöres haben, und über Pacht- und Miethzinsforderungen als Verschlechterung des Grundstückes aufzufassen. Das Verfügungsrecht des Eigenthümers würde hierdurch allzu sehr beschränkt werden, zumal dem Interesse des Gläubigers durch die Vorschriften der §§ 1067—1070 genügend Rechnung getragen wird.

4. Anſpruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundſtücke und den mithaftenden Gegenſtänden.

a) Beitreibung der Forderung im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsverſteigerung des Grundſtückes.

§ 1075.

1. Die Abweichungen der Hypothek des Entwurfes von dem röm. Pfandrechte treten auch in der Behandlung des hypothekariſchen Anſpruches hervor. Während die actio hypothecaria auf Herausgabe der Sache an den Gläubiger gerichtet war, damit derſelbe den Verkauf zum Zwecke ſeiner Befriedigung vollziehen konnte, erzeugte die neuere Satzung des deutſchen Rechtes als „Anweiſung von Exekutionsgegenſtänden“ für den Gläubiger den Anſpruch auf Zwangsvollſtreckung in den ihm angewieſenen Gegenſtand, mithin ein Recht auf den Beſitz der Sache nur, wenn ohne denſelben die Vollſtreckung nach dem bezüglichen Lokalrechte nicht ausführbar war. Im Laufe der Zeit iſt in Deutſchland, und zwar auch in denjenigen Gebieten, in welchen das Pfandrecht ſich auf römiſcher Grundlage entwickelt hat, die Mitwirkung des Gerichtes bei der Verwirklichung der Hypothek durch die Geſetzgebung anerkannt worden und demgemäß die öffentliche Verſteigerung durch den Richter an die Stelle des Privatverkaufes durch den Gläubiger getreten. Der Richter kann aber ſeiner Stellung gemäß die Hypothek nur im geordneten Wege der Zwangsvollſtreckung verwirklichen. Die Landesgeſetze kennzeichnen daher faſt ſämmtlich, wenn auch in verſchiedenen Wendungen, den hypothekariſchen Anſpruch dahin, daß der Gläubiger berechtigt iſt, die Beitreibung der Forderung im Wege der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück zu verlangen[1]). Die verſchiedenen Anſichten über das Weſen des Pfandrechtes machen ſich indeſſen auch bei der Konſtruktion des hypothekariſchen Anſpruches geltend. In der preuß. Praxis pflegt das Urtheil, welches auf die dingliche Klage ergeht, nicht ſelten ſo gefaßt zu werden, daß es lautet, der Eigenthümer ſei ſchuldig, die eingetragene Summe nebſt Zinſen bei Vermeidung der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück an den Gläubiger zu zahlen[2]), und für das mecklenb. und das bayr. Recht lehren angeſehene Schriftſteller, daß die Hypothek den Eigenthümer zur Zahlung verpflichte, die Erfüllung dieſer Verpflichtung jedoch nur mit dem Grundſtücke zu leiſten ſei[3]).

1. Rechtliche Natur und Inhalt des Anſpruches

Mitwirkung des Gerichtes

im Wege der Zwangsvollſtreckung

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 490—495 und Geſ. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 37, 43; franz. G. B. Art. 2166 ff.; bayr. Hypoth. Geſ. §§ 49, 54; ſächſ. G. B. §§ 378, 424, 425; württemb. Pfandgeſ. Art. 90 und Exekutionsgeſ. v. 15. April 1825 § 32 in Verbindung mit dem Geſ., betr. die Zwangsvollſtr. in das unbewegl. Verm., v. 18. Auguſt 1879; Pfandgeſ. für Heſſen Art. 84, 132, Weimar §§ 97, 100, 107, 108, 111, Naſſau § 35; Geſetze über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc.; Grundb. Geſetze für Altenburg §§ 82, 89, Reuß. ä. L. §§ 79, 86. j. L. §§ 81, 88.

[2]) Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 316 (4. Aufl.) S. 805.

[3]) Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 10 S. 30, § 64 S. 360, § 78 S. 375 ff.; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 21 S. 155. Siehe dagegen v. Roth, deutſches Priv. R. §§ 310 und 313.

Konstruktion

Der Entwurf hat diesen und ähnlichen Auffassungen gegenüber, ohne auf die Streitfragen über das Wesen des Pfandrechtes einzugehen, hier nur auszusprechen, was in Konsequenz des in dem § 1062 festgestellten Begriffes der Hypothek Rechtens sein soll, wenn der Gläubiger sein dingliches Recht verfolgt. In dieser Hinsicht aber muß im Anschlusse an die geschichtliche Entwickelung des Hypothekenrechtes in Deutschland von Bestimmung einer Zahlungspflicht des Eigenthümers abgesehen und der Gläubiger lediglich auf den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verwiesen werden.

Die Unterstellung einer Zahlungspflicht des Eigenthümers würde die Hypothek in ein obligatorisches Rechtsverhältniß verwandeln. Die Vertreter dieses Gedankens konstruiren das Verhältniß bald als eine Alternativobligation, nach welcher der Eigenthümer Zahlung zu leisten oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zuzulassen habe, bald als eine neben dem persönlichen Schuldverhältnisse herlaufende Obligation, deren Eigenthümlichkeit in der Beschränkung der Verbindlichkeit auf die Haftung mit dem Grundstücke bestehe. Nach der einen wie der anderen Auffassung hat also der Eigenthümer, wenn er nicht zahlt, nur zu gewärtigen, daß der Gläubiger den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück beschreitet. Hieraus folgt aber, daß nicht ein obligatorisches Band beide mit einander verbindet, der Eigenthümer nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, um dessen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke abzuwenden. Freilich kommt es im gewöhnlichen Leben nicht selten vor, daß der Gläubiger den Eigenthümer, auch wenn dieser ihm nicht persönlich haftet, als seinen Schuldner bezeichnet. Allein diese Thatsache kann für den Gesetzgeber kein Grund sein, eine Korrealschuld des Eigenthümers zu unterstellen, da hieran sich Folgen knüpfen würden, welche mit der akzessorischen Natur der Hypothek nicht vereinbar wären. Der praktische Zweck, welchen die Konstruktion einer Schuld des Eigenthümers als solchen haben soll, wird darin gefunden, daß sie es ermögliche, die Geltendmachung der Hypothek einerseits von einer Kündigung an den Eigenthümer abhängig zu machen, andererseits auf dem schnelleren und weniger kostspieligen Wege des Mahnverfahrens und des Urkundenprozesses oder — bei vollstreckbaren Urkunden — des Vollstreckungsverfahrens zu gestatten. Dieser Zweck aber läßt sich auch in anderer Weise erreichen. Bezüglich der Kündigung ergiebt sich der Standpunkt des Entwurfes aus dem § 1079. Bezüglich der Rechtsverfolgung dagegen kann man, wenn nicht schon jetzt der Anspruch auf Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück als Anspruch aus einer Geldforderung angesehen werden sollte, in dem Einführungsgesetze ausdrücklich vorschreiben, daß als Geldforderung im Sinne der jene Prozeßarten regelnden Bestimmungen der C. P. O. (§§ 555, 628, 702 Ziff. 5) auch der hypothekarische Anspruch zu gelten habe.

2 Einzelheiten:

2. Einige Punkte, welche für diesen Anspruch von Bedeutung sind, müssen hier besonders hervorgehoben werden.

a) Fälligkeit der Forderung.

a) Aus der akzessorischen Natur der Hypothek folgt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke regelmäßig erst dann beanspruchen kann, wenn die Forderung fällig ist. Der § 1075 spricht dies nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 20 § 436, des sächs. G. B. § 424 und des bayr.

Entw. III Art. 357 aus, ohne der Behandlung derjenigen Fälle vorzugreifen, in welchen bei der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück auch nichtfällige Forderungen berichtigt werden[1]).

b) Der Anſpruch aus der Hypothek findet nicht blos gegen den Eigenthümer bezw. den Beſitzer des Grundſtückes, ſondern auch gegen einen anderen Hypothekengläubiger, überhaupt gegen Jeden ſtatt, der durch ſein Verhalten die Verwirklichung der Hypothek hindert. Dies ergiebt ſich aber bei richtiger Auslegung des § 1062 bereits aus der dinglichen Natur der Hypothek und braucht deshalb hier nicht beſonders beſtimmt zu werden. b) Die dem Anſpr. ausgeſetzten Perſonen.

c) Der Grundſatz, daß die Hypothek für den Gläubiger den Anſpruch auf Beitreibung der Forderung mittels Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück erzeugt, wird in einer Reihe von Staaten, namentlich in Bayern, Sachſen, Weimar, Altenburg, ſtreng durchgeführt[2]), in anderen Staaten dagegen, insbeſondere in Preußen, Mecklenburg, Hamburg, in der Weiſe eingeſchränkt, daß der Gläubiger an die ihm nach § 1067 haftenden beweglichen Sachen und Forderungen im Wege der Mobiliarexekution nach den Vorſchriften der C. P. O. ſich halten kann[3]). c) Zwangsvollſtr. in die mithaftenden Gegenſtände.

Der Entwurf läßt die Zwangsvollſtreckung auch in die mithaftenden Gegenſtände nur im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsverſteigerung, d. h. als Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück zu.

a. Wenn das Geſetz die Verwirklichung der Hypothek dem Richter überträgt, ſo wird es von der Erwägung geleitet, daß das dingliche Recht des Gläubigers nur von dem Richter unter Berückſichtigung aller bei dem Grundſtücke betheiligten Rechte verwirklicht werden darf. Hieraus folgt von ſelbſt die Unzuläſſigkeit einer Mobiliarexekution, welche der Gläubiger lediglich in ſeinem eigenen Intereſſe betreiben will. Zweckmäßigkeitsgründe aber, welche dazu nöthigten, von dieſer Konſequenz abzuweichen, ſind nicht erfindlich. Immobiliarexekution.

Eine von der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück getrennte Exekution in Früchte und Zubehörſtücke führt zur Löſung der Verbindung zwiſchen dieſen Gegenſtänden und dem Grundſtücke ohne Rückſicht auf die Bedürfniſſe des letzteren, gefährdet daher den wirthſchaftlichen Beſtand des Grundſtückes und hiermit zugleich die der Hypothek vorgehenden Rechte. Ebenſo unwirthſchaftlich

---

[1]) Vergl. die Geſetze, betr. die Zwangsvollſtr. in das unbewegl. Verm., für Preußen v. 13. Juli 1883 § 31, Bayern v. 23. Februar 1879 Art. 108, 113, Württemberg v. 18. Auguſt 1879 Art. 22, Mecklenburg v. 24. Mai 1879 § 61, Weimar v. 12. Mai 1879 § 68, Oldenburg v. 2. April 1879 Art. 66, Braunſchweig v. 10. Juli 1879 § 81, Meiningen v. 21. Juni 1879 § 26, Reuß j. L. v. 19. September 1879 § 51; ferner ſächſ. G. B. § 452 und Geſ., betr. die Zwangsverſt. und die Zwangsverwalt. unbewegl. Sachen, v. 15. Auguſt 1884, bad. Einf. Geſ. v. 3. März 1879 § 79, heſſ. Ausf. Geſ. v. 4. Juni 1879 Art. 168, anhalt. Subhaſt. Geſ. v. 10. Mai 1879 § 37.

[2]) Vergl. die Anm. 1 auf S. 675.

[3]) Preuß. Geſ., betr. die Zwangsvollſtr. in das unbewegl. Verm., v. 4. März 1879 §§ 1, 23 und v. 13. Juli 1883 § 1 Abſ. 2, § 206; mecklenb. Verordn. zur Ergänzung der Hypoth. Geſetzgebung v. 3. Mai 1879 § 6; hamb. Geſ., betr. Ausf. d. C. P. O., v. 14. Juli 1879 § 19 Ziff. 2 und Geſ., betr. Zwangsvollſtr. ꝛc., v. 14. Juli 1879 § 1.

erscheint die besondere Exekution in Forderungen aus der Versicherung, weil sie die Verwendung der von dem Versicherer zu leistenden Entschädigung zur Wiederherstellung bezw. Wiederanschaffung der zerstörten Gegenstände ausschließt. Nur hinsichtlich der Mieth- und Pachtzinsen kann ein Bedenken daraus hergeleitet werden, daß dieselben in Preußen und anderen Staaten bisher nicht selten auch außerhalb des Zwangsverwaltungsverfahrens für einen einzelnen Hypothekengläubiger in Beschlag genommen worden sind. Allein diesem Bedenken läßt sich in einfacher Weise dadurch begegnen, daß man die Zwangsverwaltung so gestaltet, daß dieselbe auch in der Beschränkung auf die Einziehung und Vertheilung der Mieth- und Pachtzinsen zulässig ist.

Von Gewicht ist endlich auch nicht der Einwand, daß die Verweisung des Gläubigers auf den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück sich von selbst untersage, wenn dieser Weg bereits ohne Erfolg betreten oder thatsächlich unmöglich sei, gleichwohl aber noch Gegenstände ermittelt werden, welche zur Befriedigung des Gläubigers sich verwerthen lassen. In dem ersteren Falle steht nichts entgegen, das Verfahren wieder aufzunehmen, um diese Gegenstände zur Grundstücksmasse zu ziehen; denn die Hypothek erlischt durch die Zwangsversteigerung nur in Beziehung auf das Grundstück, dauert dagegen in Beziehung auf die Surrogate desselben fort. Der letztere Fall aber, bei welchem hauptsächlich an den Untergang des Grundstückes gedacht wird, bedarf seiner Seltenheit wegen keiner besonderen Regelung.

Stellung der persönlichen Gläub. des Eigenthümers.

β. Nach dem preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., v. 13. Juli 1883 § 206 Abs. 2 kann der Gläubiger auf Grund der Hypothek einer Mobiliarexekution in „bewegliche Theile oder Zubehörungen" des Grundstückes widersprechen. In der That liegt es nahe, die Hypothek als gefährdet anzusehen, wenn persönliche Gläubiger die Zwangsvollstreckung in Gegenstände betreiben, die mit dem Grundstücke der hypothekarischen Haftung unterliegen. Aber dann werden meist die Voraussetzungen gegeben sein, unter welchen die §§ 1072—1074 dem Hypothekengläubiger Schutz gewähren. Hiervon abgesehen ist an dem allgemeinen Grundsatze festzuhalten, daß die (persönlichen) Gläubiger des Eigenthümers zur Zwangsvollstreckung in Gegenstände, welche demselben gehören, insoweit berechtigt sind, als der Schuldner über diese Gegenstände verfügen kann. Ist daher dem Eigenthümer die Verfügung über die von der Hypothek mitergriffenen beweglichen Sachen und Forderungen nicht entzogen[1]), so ergiebt sich von selbst, daß die Mobiliarexekution in dieselben auf Betreiben persönlicher Gläubiger nicht ausgeschlossen werden kann.

b) Geltendmachung des Anspruches nach Vereinigung des Gläubigerrechtes und des Eigenthumes in derselben Person.

§ 1076.

Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 835 erhebt sich gegenüber dem § 1075 die Frage, ob bezw. inwieweit in dem Falle, wenn der Eigenthümer

[1]) Vergl. die §§ 1067—1070

das Recht des Hypothekengläubigers oder dieser das Grundstück erworben hat, der Erwerber den hypothekarischen Anspruch haben soll. Während die Gesetze für Hamburg und Lübeck nicht unterscheiden, ob ein Hypothekposten bei der von einem Anderen betriebenen Zwangsvollstreckung in das Grundstück von dem Eigenthümer oder von einem Dritten liquidirt wird[1]), gehören nach den mecklenb. Verordnungen v. 25. August 1876 unter III „die auf den eigenen Namen des Eigenthümers .... stehenden oder ohne Umschreibung auf ihn übergegangenen Posten zu der aus dem Grundstücke gebildeten Spezialmasse". Die Vorschriften des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. (§§ 63—66), welche in den gleichnamigen Gesetzen für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. nachgebildet sind, pflegen so ausgelegt zu werden, daß der Eigenthümer die ihm zustehende Hypothek bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung für sich geltend machen kann. Für den Entwurf liegt das Verhältniß so:

Wenn die Hypothek gemäß § 835 dadurch nicht erlischt, daß sie sich mit dem Eigenthume in derselben Person vereinigt, so muß hieraus gefolgert werden, daß der Eigenthümer vermöge der ihm zustehenden Hypothek alle Rechte hat, welche das Gesetz dem Hypothekengläubiger beilegt. Der § 1076 spricht ihm deshalb diese Rechte auch dann zu, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück eingeleitet ist. Eine Unbilligkeit gegen nacheingetragene Gläubiger kann hierin auch dann nicht gefunden werden, wenn der Eigenthümer diesen persönlich verhaftet ist. Denn es steht nichts entgegen, daß sich dieselben im Wege der Mobiliarexekution an die Hypothek des Eigenthümers halten. Ein Grund aber, ihnen in Ansehung dieses Gegenstandes des Vermögens ihres Schuldners ein Vorrecht vor anderen, nicht durch Hypothek gesicherten Gläubigern einzuräumen, ist nicht vorhanden.

Eine Beschränkung erleidet der Eigenthümer in der Ausübung des hypothekarischen Rechtes nach § 1076 nur insoweit, als ihm die Befugniß, selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, versagt wird. Der Betrieb der Zwangsversteigerung könnte zwar für den Eigenthümer unter Umständen von Interesse sein, nämlich dann, wenn er sich gegen nachstehende Berechtigte richten und die Befreiung des Grundstückes von nacheingetragenen Belastungen zur Folge haben würde. Allein ein derartiger Selbstbetrieb des Eigenthümers kann nicht gestattet werden, weil derselbe hierbei eine doppelte, in sich widerspruchsvolle Rolle übernehmen würde.

c) Verträge gegen den gesetzlichen Inhalt des Anspruches aus der Hypothek.

§ 1077.

Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht, für das Sachenrecht nicht gilt, so kann durch Vertrag zwischen den Betheiligten der Hypothek ein anderer als der gesetzlich bestimmte

[1]) Siehe für Hamburg das Ges. über Grundeigenthum ꝛc. v. 4. Dezember 1868 § 35, für Lübeck die Verordn. v. 22. Juli 1868 § 3 und v. 15. Juli 1872 § 4.

Inhalt nicht gegeben werden, es sei denn, daß das Gesetz selbst eine Aenderung seiner bezüglichen Bestimmung zuläßt. Drei Verträge sind es vorzugsweise, welche den Inhalt der Hypothek berühren: die sog. lex commissoria, die Vereinbarung, daß die Veräußerung in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt werden solle, und der Vertrag, durch welchen der Eigenthümer sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder weiter zu belasten. Der Entwurf erklärt die beiden erstgedachten Verträge, sofern dieselben vor der Fälligkeit der Forderung geschlossen werden, und den letzgedachten Vertrag ohne Rücksicht auf die Zeit des Abschlusses für nichtig.

1. Lex commissoria.

1. Bei den Römern war es nicht ungewöhnlich, der Pfandbestellung die lex commissoria hinzuzufügen, d. h. die Verabredung, daß, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit zur Verfallzeit nicht Genüge leisten würde, das Pfand dem Gläubiger für die Forderung verfallen sein sollte. Indessen wurde dieser Vertrag, da er vielfach zur wucherlichen Ausbeutung kreditbedürftiger Personen diente, im vierten Jahrhunderte n. Chr. gesetzlich verboten[1]). Auch die modernen Gesetzgeber haben das Verbot der lex commissoria nicht entbehren zu können geglaubt. Es enthalten dasselbe namentlich: das bayr. L. R. II, 6 § 18, das preuß. A. L. R. I, 20 § 33, das österr. G. B. § 1371, das franz. G. B. Art. 2078, das sächs. G. B. § 383, der bayr. Entw. III Art. 361 und die Pfandgesetze für Württemberg Art. 91, Weimar § 106 und Hessen Art. 91. Neuerdings ist es jedoch streitig geworden, ob nicht das Verbot mit der Aufhebung der Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinssatzes 2c. durch das Bundes- (jetzt Reichs-) Ges. v. 14. November 1867 beseitigt ist. Das Reichsgericht hat für das Geltungsgebiet des preuß. A. L. R. die Frage mit dem vormaligen Obertribunale verneint[2]). Auch der Entwurf geht davon aus, daß das Verbot der lex commissoria bei der Hypothek durchaus nicht in der Wuchergesetzgebung allein seine Stütze findet. Zweifellos ist, daß dieser Vertrag dingliche Wirkung nicht haben kann, da er den durch die §§ 1062 und 1075 gegebenen Inhalt der Hypothek wesentlich verändern, eine besondere Kategorie von Hypotheken schaffen würde. Die Rücksicht auf den Realkredit verlangt eine solche Nebenform nicht. Die Zulassung derselben würde vielmehr den soliden Kredit erheblich gefährden, indem sie dem Gläubiger ein Mittel böte, die vielleicht nur vorübergehende Verlegenheit des Eigenthümers zur Erlangung ungewöhnlicher Vortheile zu benutzen, ohne das Kreditbedürfniß desselben zu befriedigen. Soll aber das Gesetz seinen Zweck erreichen, die Beziehungen zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigenthümer vor dem Eindringen eines der Hypothek an sich fremden Elementes bewahren, so muß es nicht blos von der Zulassung der lex commissoria absehen, sondern zugleich den obligatorischen Vertrag verbieten, durch welchen der Gläubiger das Recht erhalten soll, für den Fall, daß er nicht rechtzeitig befriedigt würde, die Uebertragung des Eigenthumes an dem Grundstücke zum Zwecke seiner Befriedigung zu verlangen. Die Bestimmung des Entwurfes

---

[1]) L. 3 Cod. de pactis pign. 8, 35.

[2]) Urth. d. R. G. I. Hülfsien. v. 5. Oktober 1880, Entsch. 2 S. 333, und I Sen. v. 2. April 1881, ebd. 4 S. 51.

richtet sich indessen gegen eine Vereinbarung dieses Inhaltes nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe vor der Fälligkeit der Forderung getroffen ist. Der nach der Fälligkeit geschlossene Vertrag wird von dem geltenden Rechte nicht für ungültig erklärt, und auch für den Entwurf liegt ein erheblicher Grund zur Beanstandung seiner Gültigkeit nicht vor.

Der § 1077 bezieht sich auch nicht auf den Fall, wenn der Veräußerer sich den Rückfall des Eigenthumes unter der Bedingung, daß der Erwerber das durch Hypothek zu sichernde Kaufgeld nicht pünktlich zahlen würde, vorbehalten hat. In dieser Hinsicht entscheiden die Bestimmungen des § 871.

2. Vereinbarung des Privatverkaufes ꝛc.

2. Ein Vertrag, durch welchen der Eigenthümer den Gläubiger ermächtigt, das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung *privatim zu verkaufen bezw. die Veräußerung in anderer Weise, als das Gesetz vorschreibt, zu bewirken*, ist nach dem preuß. A. L. R. I, 20 §§ 29—32 und nach mecklenb. Hypothekenrechte[1]) zulässig, nach dem sächs. G. B. § 383, dem bayr. Entw. Art. 361 und dem hess. Pfandges. Art. 91 verboten. Der vorliegende Entwurf stellt sich zu einem solchen Vertrage im Wesentlichen ebenso wie zu der lex commissoria. Die Beitreibung der Forderung mittels Zwangsvollstreckung in das Grundstück gehört zum Inhalte der Hypothek. Den Betheiligten kann daher, so lange die Forderung nicht fällig ist, aus dem oben angeführten Grunde nicht gestattet werden, durch Vertrag zu bestimmen, daß die Hypothek durch eine nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Veräußerung des Grundstückes verwirklicht werden solle. Ein solcher Vertrag ist ohnehin schon um deswillen für ungültig zu erklären, weil es gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn der eine oder der andere Theil von vornherein auf die Anwendung derjenigen Formen verzichtet, welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen. Dem Eigenthümer würde auch nicht mit einem bloßen Rücktrittsrechte von dem Vertrage gedient sein, weil dasselbe den Gläubiger nicht hindern würde, das Grundstück hinter dem Rücken des Eigenthümers zu veräußern und auf diese Weise das berechtigte Interesse des letzteren zu schädigen.

3. Vereinb. eines Veräußerungsverbotes.

3. Der Eigenthümer kann über das Grundstück, soweit nicht das Recht der Hypothek entgegensteht, gemäß § 848 frei verfügen und einer Beschränkung dieser Befugniß mit Rechtswirkung gegen Dritte, wie § 796 ergiebt, durch Rechtsgeschäft sich nicht unterwerfen. Darüber, ob ein Vertrag gültig ist, durch welchen der Eigenthümer dem Hypothekengläubiger sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder weiter zu verpfänden, bestehen nach röm. Rechte Zweifel[2]). Von dem sächs. G. B. § 225 und den mehrerwähnten Gesetzen für Weimar § 120, Altenburg § 75, Rudolstadt § 30, Reuß ä. und j. L. wird einem solchen Vertrage die Wirksamkeit abgesprochen. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. erwähnt nur unter § 48 diesen Vertrag, soweit derselbe sich gegen die weitere Belastung des Grundstückes richtet, und erklärt ihn im Einklange mit dem A. L. R. I, 20 § 439 für nichtig. Die bezügliche Bestimmung ist in die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha,

[1]) v. Meibom § 26 S. 203.

[2]) Vergl. Windscheid § 172a Note 8.

Braunschweig ꝛc. übergegangen. Auf demselben Standpunkte steht auch das württemb. Pfandges. Art. 93. Nach dem bayr. Hypoth. Ges. § 44 dagegen kann der vertragsmäßigen Verpflichtung des Eigenthümers, auf die Sache keine Hypothek mehr einzuräumen, durch Eintragung Wirksamkeit verschafft werden.

Ein praktisches Bedürfniß, den Betheiligten die Möglichkeit zu eröffnen, der Hypothek durch Vertrag ein Veräußerungsverbot hinzuzufügen und den Inhalt derselben auf diese Weise zu erweitern, ist nicht vorhanden. Im Gegentheile: die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwickelung der Verhältnisse des Grunddesitzes erheischt dringend, daß der Eigenthümer möglichst frei über sein Besitzthum verfügen kann. Er muß, wenn seine Mittel nicht mehr ausreichen, rechtlich im Stande sein, eine neue Hypothek aufzunehmen und, wenn dies nicht gelingt, das Grundstück durch Veräußerung in leistungsfähigere Hände zu bringen. Dieses Ziel aber ist nur dann erreichbar, wenn das Gesetz dem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote auch die obligatorische Wirkung unter den Vertragschließenden versagt.

d) Der Anspruch aus einer für dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken bestehenden Hypothek (Korrealhypothek).

§ 1078.

1. Wahlrecht des Gläubigers.

1. Die Landesgesetze erkennen im Einklange mit dem röm. Rechte fast sämmtlich den Grundsatz an, daß, wenn die Hypothek für dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken besteht, der Gläubiger nach seiner Wahl aus allen Grundstücken oder aus einigen oder aus einem derselben Befriedigung verlangen kann[1]). Für den Entwurf folgt dieser Satz bereits aus der Vorschrift des § 1071. Gleichwohl wird er in dem § 1078 ausgesprochen, weil er für das dingliche Recht des Gläubigers von besonderer Wichtigkeit ist und das Prinzip des § 1071 immerhin nicht ausschließen würde, daß die Wahl des Gläubigers im Interesse nachstehender Gläubiger beschränkt werden könnte.

2. Der Anspruch des Gläubigers:

2. An Versuchen, dem Anspruche aus der Korrealhypothek durch Beschränkung des dem Gläubiger gebührenden Wahlrechtes oder durch eine Ausgleichung zwischen den verschiedenen Betheiligten die Schärfe zu nehmen, hat es nicht gefehlt.

a) nach gemeinem Rechte,

a) Für das gemeine Recht wird vielfach gelehrt, daß der Gläubiger im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigenthümers nicht zu wählen habe, sondern im Interesse einer gerechten Behandlung der übrigen Betheiligten aus allen Grundstücken, welche ihm haften, nach Verhältniß des Werthes jedes einzelnen, bezw. nach Abrechnung des Betrages der ihm vorgehenden Hypotheken, zu befriedigen sei. Diese Lehre hat den gemeinrechtlichen Konkurs zur Voraussetzung. Sie wird aber von verschiedenen

---

[1]) L. 8 D. de distr. pign. et hyp. 20, 5; preuß. A. L. R. I, 20 § 468 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 42; franz. C. B. Art. 2114; sächs. G. B. § 379; bayr. Hypoth. Ges. § 147; hess. Pfandges.; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 18; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc.; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 15 S. 114 ff.

Schriftstellern auch auf den Fall der Verwirklichung des Pfandrechtes außerhalb des Konkurses angewendet, indem dieselben davon ausgehen, daß im Konkurse das Wahlrecht des Gläubigers gar nicht beschränkt werden könnte, wenn nicht die Beschränkung zu Gunsten der dem Gläubiger nachstehenden Berechtigten an sich gerechtfertigt wäre. Darüber, wie das Verhältniß zu bestimmen, in welchem die mehreren Grundstücke zur Befriedigung des Gläubigers heranzuziehen seien, gehen die Meinungen auseinander. Auch wird darüber gestritten, ob blos die Nachhypothekengläubiger oder auch der Eigenthümer des Grundstückes bezw. die nicht durch Hypothek gesicherten Gläubiger des Eigenthümers berechtigt sind, den Korrealpfandgläubiger zur verhältnißmäßigen Heranziehung der mithaftenden Grundstücke zu nöthigen.

b) Die Landesgesetzgebung hat in einigen Bundesstaaten ebenfalls versucht, die Interessen der nachstehenden Berechtigten zu schützen. b) nach der Landesgesetzgebung.

a. Für Preußen hatte die Allg. Ger. O. I, 50 §§ 520—522 die Vertheilung des Erlöses aus der Subhastation mehrerer Grundstücke, welche mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belastet waren, für den Konkursfall so geordnet, daß jede Masse nach Abzug des Betrages der etwaigen Vorhypotheken zur Befriedigung des Gläubigers verhältnißmäßig beitragen mußte und, wenn die Grundstücke nach einander zur Subhastation kamen und deshalb die Befriedigung des Gläubigers aus dem zuerst versteigerten Grundstücke allein erfolgte, die hierdurch ausfallenden Gläubiger aus dem Erlöse, der durch die spätere Subhastation eines mithaftenden Grundstückes erzielt wurde, so viel erhielten, wie der Korrealpfandgläubiger daraus bei gleichzeitiger Vertheilung empfangen haben würde. Diese Bestimmungen wurden, anders gefaßt und vervollständigt, in den § 56 der Konk. O. v. 8. Mai 1855 übernommen, auch auf das Subhastationsverfahren außerhalb des Konkurses ausgedehnt[1]) Eine wesentliche Neuerung war, daß die Eintragung des Anspruches der bei dem zuerst subhastirten Grundstücke ausgefallenen Gläubiger bei der Korrealhypothek auf den anderen Grundstücken vorgeschrieben wurde. Durch ein Ges. v. 12. März 1869 sind indessen die gedachten Vorschriften für die Zukunft beseitigt[2]). a. in Preußen.

β. Für den Geltungsbereich des bayr. Hypothekenges. wurde das Beitragsverhältniß der mehreren Grundstücke durch die Prioritäts-O. v. 1. Juni 1822 § 19 und das Ges. v. 1. Juli 1856 geregelt. Die Praxis wandte die dem Wortlaute nach nur auf den Konkursfall berechneten Bestimmungen auch auf die außerhalb des Konkurses stattfindende Hypothekenexekution an. Der Rechtszustand wird mit Rücksicht hierauf in den Motiven zu dem bayr. Entw. dahin angegeben, „daß die solidarische Hypothekenlast auf alle für dieselbe Forderung verhafteten Liegenschaften zu gleichen Theilen auszuschlagen ist und die Kaufschillinge so vertheilt werden, als ob auf jeder dieser Liegenschaften nur die für dieselbe sich berechnende Quote eingetragen wäre. Reicht der Erlös einer dieser Liegenschaften zur Deckung jener Quote nicht hin, β. in Bayern.

[1]) Konk. O. v. 8. Mai 1855 § 383; Subhast. O. v. 15. März 1869 § 74.

[2]) Vergl. das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 § 42 und Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 13. Juli 1883 § 204.

so soll der Ausfall auf die übrigen weiter repartirt werden" ꝛc. Dieser Auffassung entspricht die Regelung in dem bayr. Entw. III Art. 397 Abs. 1 und 2; nur daß derselbe aus vermeintlichen Billigkeitsrücksichten unter Abs. 3 noch die weitere Bestimmung aufgenommen hat, daß der Gläubiger, wenn unter den ihm haftenden Liegenschaften einige frei von Nachhypotheken sind, zunächst an diese Liegenschaften sich halten muß. Durch das Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., vom 23. Februar 1879 Art. 235 ist die Prioritäts-O. von 1822 mit dem Ges. von 1856 aufgehoben worden.

γ. in Hessen.

γ. Das hess. Pfandges. giebt genaue Vorschriften über das Verhältniß, in welchem die Ausgleichung zwischen den einzelnen Objekten zu erfolgen hat. Sind die Grundstücke insgesammt zur Zwangsversteigerung gebracht, so tragen sie gemäß Art. 116 an sich verhältnißmäßig zur Befriedigung des Korrealhypothekengläubigers bei; die nicht mit Nachhypotheken belasteten Grundstücke sind aber nach Art. 117 vorzugsweise heranzuziehen. Hält sich der Gläubiger nur an das eine oder das andere Grundstück, so kann der Schuldner nach Art. 88 den Verkauf des gesammten Unterpfandes verlangen. Dasselbe Recht giebt der Art. 122 auch den Nachhypothekarien der von dem Gläubiger ausgewählten Grundstücke. Eventuell sind dieselben in die Korrealhypothek auf die nicht zur Zwangsveräußerung gestellten Grundstücke, welche nicht mit Nachhypotheken belastet sind, von dem Gerichte einzusetzen.

δ. in Württemberg.

δ. Das württemb. Pfandges. bestimmt unter Art. 98: „Ein Gläubiger, welchem mehrere Güterstücke in ungetheilter Summe verpfändet sind, ist aus denjenigen Gütern zu befriedigen, deren Angriff für Rechtsansprüche Anderer oder für den Schuldner am wenigsten nachtheilig ist und dem Gläubiger die gebührende Zahlung sichert". Aus dieser Bestimmung sind dann in den Art. 99—103 die Konsequenzen für den Konkursfall gezogen und durch Beispiele erläutert. Welche Grundstücke gemäß Art. 98 zu versteigern sind, bestimmt nach dem Ges., die Zwangsvollstr. in das unbewgl. Verm. betr., v. 18. August 1879 Art. 7 das Vollstreckungsgericht, ev. die von diesem beauftragte Vollstreckungsbehörde.

3. Der Konkursfall.

3. Die Reichsgesetzgebung muß von einer besonderen Regelung der Korrealhypothek für den Konkursfall absehen. Denn da nach der Konk. O. § 39 die mit Hypotheken ꝛc. belasteten Grundstücke des Gemeinschuldners zur abgesonderten Befriedigung der Berechtigten dienen, dem Konkurse aber an sich ein Einfluß auf den Inhalt eines dinglichen Rechtes nicht beiwohnt, so kann der Anspruch aus einem solchen und also auch der Anspruch aus einer für dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken bestehenden Hypothek nicht verschieden bestimmt werden, je nachdem über das Vermögen des Eigenthümers Konkurs eröffnet ist oder nicht.

4. Beschränkung des Wahlrechtes.

4. Nicht minder ist der Gedanke einer Beschränkung des aus der Hypothek für den Gläubiger sich ergebenden Wahlrechtes von der Hand zu weisen. Man hat zwar aus dem gemeinen Rechte den Satz herleiten wollen, daß Niemand eine Handlung, welche er an sich innerhalb der Grenzen seiner Rechtsbefugniß ausüben würde, so vornehmen dürfe, daß dadurch einem Anderen ein Schade zugefügt werde, insofern der Handelnde aus dieser seiner Handlung oder aus der von ihm beabsichtigten Art ihrer Vornahme ganz und gar

keinen Vortheil erhalten und überhaupt keinerlei Interesse dabei haben würde[1]). Hieraus wird dann die Folgerung gezogen, daß die Nachhypothekengläubiger bezw. der Eigenthümer desjenigen Grundstückes, auf welches die Wahl des Gläubigers gefallen ist, berechtigt seien, denselben anzuhalten, aus jedem der von der Hypothek ergriffenen Grundstücke einen verhältnißmäßigen Theil der Forderung beizutreiben. Jener Satz ist aber in der Allgemeinheit, in welcher er aufgestellt wird, und jedenfalls für das hypothekarische Rechtsverhältniß keine juristische Wahrheit. Mag immerhin im einzelnen Falle der Gläubiger kein Interesse daran haben, seine Befriedigung aus dem einen und nicht auch aus den anderen Grundstücken zu suchen: aus dem Grundsatze des § 1071 folgt zweifellos, daß er nicht verpflichtet ist, mit irgend Jemandem, dem er sich nicht persönlich verbindlich gemacht hat, in eine Erörterung darüber, was sein Interesse bei der Verfolgung seines dinglichen Rechtes erheischt, sich einzulassen. Wollte das Gesetz durch positive Vorschrift eine solche Verpflichtung schaffen, so würde es dem Realkredite einen schlechten Dienst leisten, weil es die Rechtsverfolgung des Gläubigers Weiterungen aussetzte, welche geeignet wären, die Neigung zur Anlegung von Kapitalien in Hypotheken auf kleinere, bezw. geringwerthige, nur vermöge der Gesammthaft beleihungsfähige Grundstücke erheblich abzuschwächen.

5. Ausgleichung.

5. Eine Ausgleichung zwischen den einander widerstreitenden Interessen ist auf dem Boden der Rechtskonsequenz nur möglich, wenn sie das Ergebniß obligatorischer Beziehungen der Betheiligten zu einander ist. Durch die Hypothek aber tritt der Gläubiger in solche Beziehungen weder zu den ihm nachstehenden Berechtigten noch zu dem Eigenthümer eines der ihm haftenden Grundstücke. Man hat sich freilich das Verhältniß nicht selten so vorgestellt, als ob mit der Korrealhypothek eine Art Sozietät entstehe, so zwar, daß jedes einzelne Grundstück, wenn auch dem Gläubiger gegenüber auf das Ganze, doch den übrigen Grundstücken gegenüber nur in einem gewissen Verhältnisse verhaftet werde. Allein diese Vorstellung hat nur den Werth eines Versuches, das gesetzlich vorgeschriebene Beitragsverhältniß durch Heranziehung einer Analogie zu veranschaulichen; nicht aber vermag sie das Vorgehen der Gesetzgebung in dem angedeuteten Sinne als der juristischen Logik entsprechend zu begründen, da eine Sozietät nur durch Vertrag und überdies nicht zwischen Grundstücken hervorgerufen werden kann. Fraglich ist nur, ob nicht Rücksichten der Billigkeit bezw. Zweckmäßigkeit die Ausgleichung fordern.

Gewiß kommen Fälle vor, in welchen der Gläubiger unbillig verfährt, wenn er, anstatt die ihm haftenden Grundstücke sämmtlich in einem angemessenen Verhältnisse zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen, aus einem oder einigen volle Befriedigung verlangt. Allein derartige Fälle, die doch immer nur selten sein werden, rechtfertigen noch nicht das Einschreiten der Gesetzgebung. Denn Unrecht geschieht weder dem Gläubiger, dessen Hypothek nach der Korrealhypothek eingetragen ist, noch dem Eigenthümer des demselben haftenden Grundstückes, wenn lediglich aus diesem Grundstücke die Korrealhypothek beigetrieben wird. Jener mußte, als er sich eintragen ließ, sich darüber klar

[1]) Guyet im Arch. für civilistische Praxis 18 S. 368 ff.

sein, daß das Grundstück ihm nur diejenige Sicherheit gewährte, welche nach vollständiger Befriedigung der vor ihm eingetragenen Berechtigten übrig bliebe, und der Eigenthümer durfte nicht im Zweifel sein, daß die von ihm bewilligte oder bei der Erwerbung des Eigenthumes vorgefundene Korrealhypothek mit ihrem ganzen Betrage das Grundstück belastete. Rechnete der eine oder der andere Betheiligte auf eine Minderung dieser Belastung durch die Mithaft anderer Grundstücke, so rechnete er auf einen Vortheil, dessen Erlangung für ihn vom Zufalle abhing, und wenn er dann hierin getäuscht wird, so liegt der Grund davon lediglich in dem Vertrauen auf eine Berechnung, deren Voraussetzungen der Gewißheit ermangelten.

Es würde überdies schwerlich gelingen, eine praktisch durchführbare und angemessene d. h. der Gerechtigkeit entsprechende Ausgleichungsweise zu finden. Die in dieser Hinsicht von der Landesgesetzgebung gemachten Versuche sind mehr oder weniger willkürlich. Fraglich ist schon, ob nach Versteigerung aller dem Gläubiger haftenden Grundstücke die bei jedem Grundstücke für die Hypothek verfügbare Masse mit dem gleichen Betrage[1]) oder nur in dem Verhältnisse, in welchem die Summe aller Massen zu dem Betrage der Hypothekenforderung steht[2]), herangezogen werden soll. Die eine Lösung ist so prinziplos wie die andere. Mit demselben Rechte, welches den Nachhypothekengläubigern zugeschrieben wird, müßte auch der Eigenthümer berücksichtigt werden, und dessen Interesse ist oft ein ganz entgegengesetztes, namentlich dann, wenn er den Nachhypothekengläubigern des einen Grundstückes persönlich haftet, denjenigen des anderen hingegen nur als Eigenthümer gegenübersteht. Noch bedenklicher wird die Lösung, wenn die Grundstücke, als sie zur Versteigerung gelangten, verschiedenen Personen gehörten. Schreibt dann gar das Gesetz noch vor, daß die Korrealhypothek zunächst aus demjenigen Grundstücke befriedigt werden solle, welches nicht mit Nachhypotheken belastet ist, so kann es vorkommen, daß gerade derjenige, welcher sein Grundstück gegen die Verpflichtung des Veräußerers, die Korrealhypothek zur Löschung zu bringen, erworben hat, genöthigt wird, die Befriedigung des Gläubigers aus diesem Grundstücke zum Vortheile der Nachhypothekengläubiger eines anderen, ihm nicht gehörenden Grundstückes geschehen zu lassen. Die vorausgesetzte Ausgleichungsmethode versagt aber überhaupt, wenn nur ein Grundstück oder einige im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert sind. Dann bleibt nur übrig, den Werth der anderen zu ermitteln und denselben an Stelle des Versteigerungserlöses als Faktor in die Berechnung einzustellen. Hierdurch aber wird das Vollstreckungsverfahren erheblich erschwert, und die Ausgleichung wird eine geradezu ungerechte, wenn bei der späteren Subhastation eines der abgeschätzten Grundstücke ein Preis erzielt wird, der wesentlich höher oder niedriger ist als der Schätzungswerth.

Die Gesetzgebung thut genug, wenn sie den Eigenthümern kleiner Grundstücke die Ausnutzung des Realkredites durch Zulassung der Korrealhypothek ermöglicht. Sie hat aber keine Veranlassung, auf Kosten der Einfachheit des Rechtes und des Verfahrens die mit einer Korrealhypothek belastete Parzelle

[1]) Bayr. Entw. III Art. 397.

[2]) Preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1855 § 56.

noch als weiteres Objekt des Realkredites besonders in Betracht zu ziehen. Und wenn in dieser oder jener Gegend die Neigung hervortritt, einzelne Grundstücke erst in Gemeinschaft mit anderen, dann jedes für sich und schließlich vielleicht noch in einer zweiten oder dritten Kombination zu verpfänden, so ist es gewiß nicht rathsam, einer solchen Richtung zur Verwirrung der Verhältnisse Vorschub zu leisten.

6. Die Frage, ob und welche Bestimmungen für das Zwangsversteigerungsverfahren, insbesondere im Falle gleichzeitiger Versteigerung mehrerer mit Korrealhypotheken und mit Nachhypotheken belasteter Grundstücke, wegen der Vertheilung des Erlöses der verschiedenen Grundstücke zu geben sind, bleibt der Entscheidung durch das Gesetz über die Zwangsvollstreckung ꝛc. vorbehalten[1]). Für das bürgerliche Gesetzbuch ist aus den bisherigen Erörterungen über die Korrealhypothek nur zu folgern, daß die Hypothek, wenn der Gläubiger aus einem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt wird, in Ansehung auch der übrigen Grundstücke erlischt. Zur Vermeidung mißverständlicher Auffassungen wird diese Folgerung in dem § 1078 Abs. 2 ausdrücklich gezogen. Der Grund des Erlöschens liegt darin, daß mit der in der angegebenen Weise sich vollziehenden Befriedigung des Gläubigers der Zweck der Hypothek sich erfüllt und die letztere die Berechtigung zum Fortbestehen verliert[2]). Der Eigenthümer eines mitverhafteten Grundstückes ist also nicht berechtigt, über die Hypothek, soweit dieselbe auf dieses Grundstück sich erstreckte, zu verfügen. Eine Vorschrift, welche ihm ein solches Recht zugestände, würde zu einer ungerechtfertigten Unbilligkeit gegen die nachstehenden Gläubiger führen. Für die Löschung der erledigten Hypothek sind die Bestimmungen des § 843 maßgebend. 6. Befried. des Gl. im Wege der Zwangsvollstr.

Der vorausgesetzte Fall liegt aber nur dann vor, wenn der Gläubiger im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung befriedigt worden ist. Die Befriedigung, welche der Eigenthümer eines der mehreren Grundstücke bewirkt, kann als Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke nicht angesehen[3]) und folglich der Vorschrift des § 1078 Abs. 2 nicht unterworfen werden.

e) Kündigung des Kapitales.

§ 1079.

1. Die Hypothek wird gemäß § 1075 mit der Forderung fällig, zu deren Sicherheit sie bestellt ist. Die Fälligkeit der Forderung aber richtet sich, fofern sie nicht in der Eintragungsbewilligung festgesetzt ist, nach den das Schuldverhältniß bestimmenden Normen[4]). Nachdem die besondere Regelung 1. Bestimmung der Fälligkeit.

---

[1]) Vergl. die Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschnittes.

[2]) Vergl. § 1092.

[3]) Urth. d. R. G. v. 25. November 1880, Entsch. in Civils. 3 S. 260, v. 1. Februar 1882, ebenda 6 S. 307, und v. 9. Mai 1883, preuß. Just. Min. Bl. S. 287.

[4]) Vergl. §§ 231, 457, 560, 674.

der Zahlungszeit bezüglich der Zinsen von dem Entwurfe abgelehnt ist[1]), muß sie auch in Ansehung des Kapitales unterbleiben. Namentlich besteht kein Bedürfniß für den Fall, wenn die Eintragungsbewilligung über die Zeit der Fälligkeit der Forderung schweigt, die Zahlung des Kapitales von einer Kündigung abhängig zu machen oder die Kündigungsfrist gesetzlich zu bestimmen.

2. Kündigung

2. Bei Kapitalien, welche auf Kündigung stehen, fragt es sich für den Fall, daß der Eigenthümer nicht der (persönliche) Schuldner ist, wem der Gläubiger kündigen muß und von wem ihm wirksam gekündigt werden kann. Die Frage wird von dem geltenden Rechte, wie es scheint, meist nicht ausdrücklich entschieden[2]). Sie ist aber für das durch die Hypothek begründete Rechtsverhältniß von außerordentlich praktischer Bedeutung, so daß es zweckmäßig ist, die möglichen Zweifel durch das bürgerliche Gesetzbuch zu lösen.

a) des Gläubigers,

a) Bezüglich der Kündigung des Gläubigers kommen drei verschiedene Meinungen in Betracht:

α. Die Kündigung sei an den (persönlichen) Schuldner zu richten.

β. Es müsse auch dem Eigenthümer gekündigt, bezw. Kenntniß von der an den Schuldner erfolgten Kündigung gegeben, und dann die Kündigungsfrist bis zur Zahlung freigelassen werden.

γ. Die Kündigung an den Eigenthümer sei immer erforderlich, aber auch genügend.

Von diesen Meinungen hat die erste unverkennbar die akzessorische Natur der Hypothek für sich. Allein es kommt hier nicht sowohl darauf an, die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung streng durchzuführen, als vielmehr darauf, die Hypothek verkehrsfähig zu gestalten. Im Verkehre aber würde man es in dem weitaus größten Theile Deutschlands nicht verstehen, wenn der Anspruch aus einer auf Kündigung stehenden Hypothek gegen den Eigenthümer zugelassen würde, obschon eine Kündigung nur dem persönlichen Schuldner zugegangen wäre. Wenn aber aus diesem Grunde, gemäß der zweiten Meinung, verlangt würde, daß nicht blos dem Schuldner, sondern auch dem Eigenthümer zu kündigen sei, so würde dies wiederum nicht dem berechtigten Interesse des Gläubigers entsprechen. Diesem Interesse genügt nur die dritte Meinung, welche ohnehin in der Praxis des preuß. und zum Theil auch des gemeinen Rechtes Anerkennung gefunden hat[3]). Der Gläubiger, welcher auf Befriedigung aus dem Grundstücke dringt, hat es nur mit dem Eigenthümer desselben zu thun. Wollte man ihn verpflichten, auch dem persönlichen Schuldner zu kündigen, so würde dies in den meisten Fällen nur eine zwecklose Formalität sein, in denjenigen Fällen aber, in welchen der Schuldner nicht zu erlangen ist, mindestens Kosten und Weitläufigkeiten zur Folge haben, mit welchen das Gesetz den Gläubiger im Interesse des Realkredites möglichst verschonen muß. Nun wird freilich

---

[1]) Oben S. 645.

[2]) Siehe indessen die folgende Anm.

[3]) Dernburg, preuß. Priv. R. 1 § 341 (4. Aufl.) S. 873; Förster-Eccius § 137 Note 114, Bd. 2 S. 298. Ebenso das Gesetz über das Grundbuchwesen in Kassel v. 29. Mai 1873 § 19.

eingewendet, das Absehen von der Kündigung an den Schuldner sei eine Unbilligkeit gegen denselben sowie gegen den Eigenthümer. Aber dieser Einwand ist schon deshalb nicht entscheidend, weil, wenn der Schuldner dem Eigenthümer regreßpflichtig und zahlungsfähig ist, davon ausgegangen werden kann, daß der Eigenthümer nicht unterlassen wird, den Schuldner von der Kündigung in Kenntniß zu setzen. Der § 1079 erklärt deshalb die Kündigung an den Eigenthümer nicht blos für erforderlich, sondern auch für genügend.

b) des Eigenthümers und des Schuldners

b) Bezüglich der Kündigung an den Gläubiger erscheint in Konsequenz dieser Entscheidung und gleichfalls aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit die Bestimmung geboten, daß der Eigenthümer kündigungsberechtigt, die Kündigung des Schuldners dagegen zur Begründung des Anspruches gegen den Eigenthümer nur dann hinreichend ist, wenn sie von dem Schuldner oder von dem Gläubiger dem Eigenthümer angezeigt worden und die Kündigungsfrist seitdem verstrichen ist.

3. Wirkung der Kündigung.

3. Die Wirkungen einer stattgehabten Kündigung bestehen für jeden Rechtsnachfolger in die Hypothek fort, ohne daß die Kündigung in das Grundbuch eingetragen zu sein braucht[1]). Die Kündigung ist der Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Bedingung „si voluerit" zu vergleichen. Wenn die Bedingtheit eingetragen oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist, so wird hierdurch ein jeder Erwerber darauf hingewiesen, daß er sich über den Stand der Bedingungserfüllung außerhalb des Grundbuches zu vergewissern habe. Die Besorgniß, daß dies bei der Rechtsanwendung verkannt werden möchte, ist um so weniger am Platze, als auch die in dem § 1066 vorgeschriebene Erstreckung der Hypothek auf gesetzliche Zinsen in einer entsprechenden Auffassung ihre Stütze findet[2]). Eine besondere Bestimmung ist daher entbehrlich.

f) Recht des Eigenthümers, den Gläubiger zu befriedigen.

§ 1080.

Für den Schuldner verbindet sich mit der Pflicht, den Gläubiger zu befriedigen, sobald die Forderung fällig ist, zugleich das Recht, die Befriedigung zu bewirken. Der Eigenthümer dagegen, der nicht der Schuldner ist, hat keine Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers. Das Recht hierzu indessen kann ihm bei richtiger Würdigung des Zweckes der Hypothek nicht abgesprochen werden. Die Anerkennung dieses Rechtes in den bestehenden Gesetzen ist nicht zweifelhaft[3]), obschon nur einige, z. B. das bayr. Hypoth. Ges. § 54, das sächs. G. B. § 430 und die Pfandgesetze für Württemberg Art. 117, Hessen Art. 133 und Weimar § 111 sie ausdrücklich aussprechen. Für den Entwurf kann das Recht des Eigenthümers zur Befriedigung des Gläubigers, nachdem die Forderung fällig geworden, vielleicht schon aus dem § 227 gefolgert werden.

---

[1]) Vergl. die Entsch. des vorm. preuß. Ob. Trib. 39 S. 138 ff.

[2]) Oben S. 647.

[3]) v. Roth, deutsches Priv. R. § 310.

Da jedoch diese Folgerung bei der scharfen Betonung des Anspruches auf Beitreibung der Forderung aus dem Grundstücke in dem § 1075 immerhin bedenklich ist, so ist es mindestens zweckmäßig, diesem Anspruche gegenüber jenes Recht des Eigenthümers besonders hervorzuheben.

g) Ablösungsrecht.

§ 1081.

Praktischer Werth des Ablösungsrechtes.

I. Das römische jus offerendi (Ablösungsrecht), vermöge dessen der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des vorstehenden durch dessen Befriedigung erwerben kann, bezweckte ursprünglich, dem Erwerber die Befugniß zum Besitze und Verkaufe der Pfandsache zu verschaffen. Dieser Zweck ist jetzt insoweit fortgefallen, als die Landesgesetze jedem Gläubiger, dessen Forderung durch Hypothek gesichert ist, ohne Rücksicht auf den Rang derselben das Recht beilegen, die Beitreibung der Forderung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung zu verlangen. Hieraus folgt aber nicht, daß das Ablösungsrecht seinen praktischen Werth für die moderne Hypothek verloren hätte. Namentlich ist es nicht zutreffend, wenn in den Motiven zu dem Entw. des preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. behauptet wird, daß dieses Recht durch die Befugniß des Eigenthümers, den Gläubiger durch dessen Befriedigung zur Abtretung der Hypothek an einen Dritten zu nöthigen, vollständig ersetzt werde[1]). Soll der nachstehende Gläubiger gegen eine unzeitige, seiner Hypothek Vernichtung drohende, vielleicht seine Befriedigung gefährdende Zwangsversteigerung thunlichst geschützt sein, so muß ihm das Recht zustehen, unabhängig von dem Willen des Eigenthümers den betreibenden Gläubiger zu befriedigen und hierdurch die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Wenn übrigens die Zwangsversteigerung so geordnet wird, daß die Veräußerung des Grundstückes nur unter Wahrung aller der Hypothek des Gläubigers vorgehenden Rechte erfolgen darf[2]), so gewinnt das Ablösungsrecht erheblich an Bedeutung, da ein nachstehender Gläubiger auf Grund seiner Hypothek in vielen Fällen nicht darauf rechnen kann, daß ein jene Rechte deckendes Gebot für das Grundstück erzielt wird.

Das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. und die ihm nachgebildeten Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc., sowie anscheinend auch die Gesetze für Hamburg und Lübeck übergehen das Ablösungsrecht. Anerkannt, wenn auch verschieden geregelt, ist dasselbe in dem preuß. A. L. R. I, 20 §§ 36—41, dem franz. C. B. Art. 1251 Ziff. 1, dem sächs. G. B. § 446 und den das Hypothekenrecht ordnenden Gesetzen für Bayern, Württemberg, Hessen, Weimar, Nassau, Altenburg, Meiningen, Rudolstadt, Reuß ä. L. und Reuß j. L. Nicht zweifellos ist der Standpunkt des mecklenb. Rechtes[3]).

---

[1]) Werner, die preuß. Grundb. und Hypoth. Ges. v. 5. Mai 1872 ꝛc. Abth. 2 S. 29.

[2]) Oben S. 143 ff.

[3]) Vergl. v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. § 28 S. 236.

II. Für das bürgerliche Gesetzbuch besteht kein erheblicher Grund, welcher zur Unterdrückung des Ablösungsrechtes nöthigte. Fraglich ist nur, wie dieses Recht am zweckmäßigsten zu gestalten ist. Gestaltung des Ablösungsrechtes.

1. Die zunächstliegende Frage, gegen wen das Ablösungsrecht stattfinden soll, beantwortet sich aus dem Zwecke der Ablösung. Der regelmäßige Zweck ist der, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück auf Betreiben des Abzulösenden auszuschließen bezw. einem Verluste des dem Ablösenden zustehenden Rechtes vorzubeugen. Hieraus folgt mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Regelung der Zwangsversteigerung[1]) zweierlei: 1. Die Person des Verpflichteten.

a) Das Ablösungsrecht findet gegen den Hypothekengläubiger statt, wenn der Anspruch aus der Hypothek erhoben ist. Der Gläubiger darf, auch wenn bereits das Vollstreckungsverfahren schwebt, die ihm angebotene Befriedigung nicht ablehnen.

b) Gegen einen nur persönlichen Gläubiger ist das Ablösungsrecht nicht gegeben. Denn da auf den Antrag eines solchen die Zwangsversteigerung eines Grundstückes des Schuldners nur unter Wahrung aller vorstehenden Rechte zugelassen werden wird, so können die Voraussetzungen des Ablösungsrechtes hier nur in dem seltenen Falle eintreten, daß nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens noch eine Hypothek eingetragen und zu deren Schutze die Ablösung des betreibenden Gläubigers beansprucht wird. Für diesen Fall aber genügen dem praktischen Bedürfnisse die Bestimmungen des § 227 in Verbindung mit dem § 1094.

2. Eine weitere Frage ist es, wem das Ablösungsrecht zustehen soll. Für das gemeine Recht ist es streitig, ob auch der vorstehende Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den nachstehenden hat. Die Landesgesetze geben das Recht in der Regel jedem Gläubiger, gleichviel ob derselbe dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder nachsteht; das franz. G. B. räumt dasselbe nur den nachstehenden Gläubigern ein, versteht hierunter aber auch die persönlichen Gläubiger[2]). Nach den Gesetzen für Altenburg (§ 98) und Rudolstadt (§ 41) steht das Ablösungsrecht auch dem Miteigenthümer zu, wenn die Hypothek des Gläubigers nur auf dem Antheile eines anderen Miteigenthümers haftet. Noch weiter geht das preuß. A. L. R., indem es a. a. O. unter § 37 bestimmt: „Der Pfandgläubiger ist schuldig, einem Jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache, ingleichen dem, welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen .... vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten". Dasselbe gilt in Mecklenburg zu Gunsten der dinglich Berechtigten nach näherer Bestimmung der revid. Hypoth. O. für Landg. § 8 und der revid. Stadtb. O. § 35. 2. Die Person des Berechtigten.

Der Grund, aus welchem das Ablösungsrecht zu Gunsten der Hypothekengläubiger sich rechtfertigt, trifft auch bei den übrigen dinglich Berechtigten zu. Es wäre gewiß unbillig, diesen gegen die Zwangsversteigerung den Schutz zu versagen, der jenen zugestanden wird. Wenn der Eigenthümer nach § 1080 berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, sobald die Forderung fällig geworden, so führt eigentlich schon die Konsequenz dieser Bestimmung dazu, auch

[1]) Siehe die Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschnittes des Entwurfes.

[2]) Puchelt, franz. Privilegien- und Hypoth. R. 1 § 55 S. 169.

dem Besitzer und dem Inhaber, überhaupt jedem, gegen welchen der Anspruch aus der Hypothek gerichtet ist, die Möglichkeit zu eröffnen, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Im Uebrigen muß das Ablösungsrecht demjenigen beigelegt werden, der durch die Zwangsversteigerung der Gefahr ausgesetzt ist, sein Recht an dem Grundstücke zu verlieren.

Hiermit ist der Kreis der Berechtigten geschlossen und zugleich die Frage entschieden, ob das Ablösungsrecht auch den vorstehenden Gläubigern zukommt. Eine Vorschrift zu Gunsten des Bürgen bedarf es an dieser Stelle nicht, da der § 676 demselben hinreichenden Schutz gewährt. Ueberhaupt ist hier in das Verhältniß der persönlichen Gläubiger, wie solches in dem Rechte der Schuldverhältnisse geordnet ist, nicht einzugreifen.

Das sächs. G. B. § 446 und die Gesetze für Hessen Art. 104, Altenburg § 99 und Rudolstadt § 41 entscheiden noch die Frage, wem unter mehreren zur Ablösung des Gläubigers Berechtigten der Vorzug gebührt. Vom Standpunkte des Entwurfes besteht keine Veranlassung, in dieser Hinsicht eine besondere Bestimmung zu geben.

3. Ausübung des Rechtes.

3. Die Frage, **wann das Ablösungsrecht von dem Berechtigten ausgeübt werden kann**, wird von den Landesgesetzen sehr ungleichmäßig beantwortet. Nach einigen genügt es, wenn die Hypothek gekündigt worden ist[1]); andere verlangen die Fälligkeit der Forderung[2]); nach einer dritten Gruppe ist die Einklagung des Anspruches[3]), nach einer vierten die Einleitung der Zwangsversteigerung[4]) erforderlich. Für den Entwurf rechtfertigen die bisherigen Ausführungen die Bestimmung, daß, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke beansprucht, derjenige, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist, ohne Weiteres, ein anderer Berechtigter dagegen nur, wenn die Zwangsversteigerung betrieben wird, den Gläubiger ablösen kann.

Dem Schuldner steht ein Einfluß auf dieses Recht nicht zu, da es sich bei dessen Ausübung nicht sowohl um eine Tilgung der Schuld als vielmehr um einen Abkauf der Forderung handelt.

4. Wirkung.

4. Die **Wirkung des Ablösungsrechtes** wird von den Landesgesetzen ebenfalls verschieden bestimmt. Durch die Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Berechtigte nach dem franz. G. B. Art. 1251 und dem bayr. Hypoth. Ges. § 63 die Forderung[5]) und mit derselben auch die Hypothek, nach dem preuß. A. L. R. § 37 und dem nass. Pfandges. § 28 das Recht auf Abtretung des Pfandrechtes bezw. der Forderung, nach dem sächs. G. B. § 448 „das Recht auf Uebergang der Hypothek ..... und auf Umschreibung im Hypothekenbuche".

---

[1]) Hess. Pfandges. Art. 103; bayr. Entw. III Art. 403.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 39.

[3]) Bayr. Hypoth. Ges. § 63. Siehe auch das weimar. Pfandges. § 76 und Anm. 1.

[4]) Sächs. G. B. § 446; Ges. für Altenburg § 98, Reuß, Rudolstadt, Nassau. Siehe auch **Puchelt**, das franz. Hypoth. und Privileg. R. § 55 S. 167.

[5]) Ebenso nach den Pfandges. für Württemberg Art. 105, Hessen Art. 103, 159, Weimar §§ 74—77.

In das System des Entwurfes paßt der Uebergang kraft des Gesetzes hier nicht, da nach § 1087 die Hypothekenforderung bei Rechtsgeschäften nur durch Eintragung in das Grundbuch auf einen Anderen übertragen werden kann. Der § 1081 spricht deshalb in seinem zweiten Absatze die Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung der Forderung aus, wobei die Wortfassung keinen Zweifel läßt, daß Abtretung und Befriedigung des Gläubigers Zug um Zug zu erfolgen haben. Die hierin liegende Abweichung von dem in dem § 676 für die Bürgschaft angenommenen Grundsatze fällt gegen diese Regelung nicht ins Gewicht, da die Stellung des Bürgen wesentlich verschieden ist von der Stellung eines nachstehenden Hypothekengläubigers. Wenn freilich der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er hierdurch gemäß § 1094 kraft des Gesetzes die Hypothekenforderung bezw. die Hypothek. Aber dies ist eine aus dem Verhältnisse zwischen Eigenthümer und Hypothekengläubiger sich ergebende Besonderheit, welche von der Vorschrift des § 1081 unberührt bleiben muß.

5. Wenn die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Theiles der Forderung betrieben wird, so kann auch das Ablösungsrecht nur in Ansehung dieses Theiles ausgeübt werden[1]). Hierbei muß sich der bereits für die Fälle der Gesammtschuldverhältnisse und der Bürgschaft in den §§ 337, 676 ausgesprochene Grundsatz bethätigen, daß die Uebertragung dem Gläubiger nicht zum Nachtheile gereichen darf. Dieser Grundsatz erleidet hier mit Rücksicht darauf, daß die Uebertragung nicht kraft des Gesetzes sich vollzieht, nur die Modifikation, daß der Gläubiger bei der Abtretung des Theiles dem ihm verbleibenden Theile den Vorrang vorbehalten muß, wenn er eine ihm nachtheilige Geltendmachung der Abtretung verhindern will. Hierdurch erklärt sich die von den bezüglichen Bestimmungen der §§ 337 und 676 abweichende Fassung des § 1081 Abs. 3.

5. Ablösung eines Theiles der Forderung.

b) Hinterlegung und Aufrechnung in den Fällen der beiden vorigen Paragraphen.

§ 1082.

Der Gläubiger kann, wenn er die Befriedigung, welche er aus dem Grundstücke verlangt, in den Fällen der §§ 1080 und 1081 von einem der daselbst bezeichneten Betheiligten annehmen muß, billigerweise nur das beanspruchen, was derjenige, welcher die Befriedigung anbietet, zu leisten hätte, wenn er der Schuldner wäre. Die Leistung kann daher nicht blos durch Zahlung, sondern auch durch Aufrechnung einer dem Leistenden gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nach Maßgabe der §§ 281—289 bewirkt werden. Ebenso muß unter denselben Voraussetzungen, unter welchen ein Schuldner gemäß §§ 272—280 sich durch Hinterlegung von der Schuld befreien kann, auch die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch Hinterlegung möglich sein.

---

[1]) Abweichend das sächs. G. B. 447 und anscheinend auch das hess. Pfandgef. Art. 105.

Immerhin aber bezweckt die Leistung in den Fällen der §§ 1081 und 1082 nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr die Erwerbung einer Forderung. Das, was der Gläubiger erhält, ist nicht die dem Schuldner obliegende Leistung, sondern die Gegenleistung für die Abtretung. Deshalb erscheint es mindestens zweifelhaft, ob beim Mangel einer besonderen Bestimmung der Gläubiger sich die Befriedigung durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung in Gemäßheit der §§ 272—289 gefallen lassen müßte Solchem Zweifel wird durch den § 1082 vorgebeugt. Soweit die Hinterlegung in Betracht kommt, hat die Vorschrift überdies die bezüglichen Bestimmungen des sächs. G. B. § 447, des bayr. Hypoth. Ges. § 63 und des hess. Pfandges. Art. 105 für sich.

i) Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist.

§ 1083.

Schutz der Forderung

Der Entwurf dehnt durch den § 1083 den öffentlichen Glauben des Grundbuches, welcher in den §§ 837—839 geregelt ist, mit Einschluß der in den §§ 826 und 827 bestimmten Rechtsvermuthungen in Ansehung des Anspruches aus der Hypothek auf die Forderung aus, für welche die Hypothek bestellt ist. Soweit die Hypothek aus Gründen, welche sich nicht auf die Forderung beziehen, in Frage gestellt werden kann, finden die gedachten Paragraphen auf sie direkte Anwendung. Gegenüber dem Anspruche aus dem persönlichen Schuldverhältnisse kommen sie überhaupt nicht in Betracht. Die Forderung wird deshalb von dem § 1083 nur insoweit betroffen, als die Hypothek von ihr abhängig ist.

1. durch die Vermuthung für die Richtigkeit des Grundbuches,

1. Die Erstreckung der Rechtsvermuthung des § 826 auf die Forderung hat das preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb[1]) und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. für sich. Nach dem sächs. G. B. § 429 dagegen hat der (ursprüngliche) Gläubiger, wenn er die Pfandklage anstellt, die Forderung zu beweisen. Diese Beweispflicht aber entspricht nicht dem Grundbuchsysteme, von welchem der Entwurf ausgeht. Der Hauptzweck der Bucheinrichtung ist nach dem befolgten Systeme die Feststellung der Rechte am Grund und Boden. Gründet nun hierauf der § 826 eine Vermuthung für die in dem Grundbuche bezeugte Erwerbung oder Aufhebung eines solchen Rechtes, so nöthigt mit Rücksicht darauf, daß bei Hypotheken die Forderung unerläßliche Voraussetzung des dinglichen Rechtes ist, schon die Konsequenz zur Erstreckung dieser Vermuthung auf die Forderung. Es spricht hierfür aber auch die Rücksicht auf den Realkredit, da das Kapital um so reichlicher dem Grundbesitze zufließen wird, je einfacher und leichter das Gesetz die Geltendmachung der Hypothek gestaltet.

---

[1]) Den entscheidenden Satz enthält der § 37 des Gesetzes in dem Ausspruche: „Durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigenthümer begründet".

Fraglich ist nur, ob die Vorschrift des § 1083 in Beziehung auf den § 826 überhaupt nöthig ist. Man hat diese Frage verneinen wollen, weil die Hypothek durch ihre Eintragung zunächst ohne Rücksicht auf die Forderung entstehe und folglich derjenige, welcher den Bestand der Forderung bestreite, immer zu beweisen habe, daß dieselbe nicht, bezw. nicht mehr bestehe. Allein dieser Einwand erledigt sich dadurch, daß die Auffassung des hypothekarischen Rechtes, auf welcher er beruht, durch die §§ 1062 und 1075 als verworfen zu betrachten ist. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß in der Eintragungsbewilligung als solcher ein Anerkenntniß der Forderung liege, welches den Gläubiger des Beweises entbinde. Die Hypothekenbestellung ändert das persönliche Schuldverhältniß an sich gar nicht. Will man daher eine Gewähr dafür haben, daß die Praxis nicht auch insoweit, als die Forderung aus dem Grundbuche hervorgeht, den Gläubiger als beweispflichtig ansehen werde, so bleibt nur übrig, die Vorschrift des § 826 auf die Forderung zu übertragen.

Die entsprechende Anwendung auch des § 827 bedarf bei der Gleichheit des Zweckes, den beide Paragraphen haben, einer besonderen Rechtfertigung nicht.

2. durch den öffentl. Glauben des Buches.

2. Was die §§ 837—839 anlangt, so ist bereits S. 602 dargelegt worden, daß, wenn die Hypothek ihre Funktion als Realkreditform wie bisher im Verkehre erfüllen soll, auch die Forderung, soweit es sich um den dinglichen Anspruch handelt, unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gestellt werden muß. Während nun von den Landesgesetzen einige, z. B. das sächs. G. B. § 429, diesem Gedanken einen zweifellosen Ausdruck geben, ziehen andere, namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 Abs. 2, ihrem Wortlaute nach die Konsequenzen aus dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens für das Hypothekenrecht nur in Beziehung auf die Einreden gegen die Forderung[1]). Auf diesen Gegensatz darf jedoch ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil die Gesetze, welche nur der Einreden gedenken, jenen Grundsatz überhaupt nicht allgemein durchführen, sondern sich darauf beschränken, die Folgerungen desselben festzusetzen, zu welchen sie durch die Rücksicht auf das praktische Bedürfniß zunächst genöthigt worden sind. Verfolgt man dagegen, wie der Entwurf in den §§ 837—839 das Ziel, den Einfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf das gesammte Immobilienrecht klarzustellen, so kann man sich im Hypothekenrechte nicht mit einer Sonderbestimmung zum Schutze des Erwerbers einer Hypothek gegen Einreden begnügen. Vielmehr muß dieser Schutz auf die Forderung als solche ausgedehnt werden, weil sonst das Mißverständniß zu besorgen wäre, daß dieselbe, von den Einreden abgesehen, dem Prinzipe nicht unterliegen solle. Das Gesetz wird außerdem, wenn es diesen Standpunkt einnimmt, manchen Zweifeln begegnen, auch verständlicher und einfacher werden, namentlich die nicht selten schwierige Frage, ob eine Forderung an sich oder nur in Folge eines Einwandes hinfällig ist, abschneiden.

insbes. gegen Einreden.

Wenn demnach der § 1083 die entsprechende Anwendung der §§ 837—839 in Ansehung der Forderung vorschreibt, so schützt er den Gläubiger zugleich

---

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. oben S. 209, 210 zu § 837.

gegen alle Einwendungen, welchen die Forderung ausgesetzt ist. Bei der Wichtigkeit indessen, welche diese Einwendungen im Hypothekenrechte haben, erscheint es rathsam, dieselben in dem Gesetze besonders zu erwähnen.

k) Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek.

§ 1084.

1. Dem Eigenthümer gestattete Einwendungen:

I. Der Anspruch aus der Hypothek kann wie jeder andere Anspruch durch eine Einwendung[1]) desjenigen, gegen welchen er gerichtet ist, entkräftet oder doch zeitweise gehemmt werden. Bei der Doppelnatur der Hypothek sind auch die Einwendungen doppelter Art: sie betreffen entweder das dingliche Recht unmittelbar, indem dasselbe ohne Rücksicht auf die Forderung in seinem Bestande oder seiner Wirksamkeit bekämpft wird, oder aber die Forderung und damit mittelbar auch die Hypothek. Dem Eigenthümer, welcher zugleich der Schuldner ist oder doch bei der Begründung der Hypothek als der Schuldner bezeichnet wurde, stehen beide Kategorieen zu, sowei nicht der Gläubiger durch die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützt ist. Anlaß zu Zweifel ergiebt sich erst, wenn der hypothekarische Anspruch gegen einen Eigenthümer erhoben wird, der dem Gläubiger nicht (persönlich) haftet, sei es daß er die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt oder das Grundstück, nachdem die Hypothek auf dasselbe eingetragen worden, erworben hat. Unter den Landesgesetzen regeln nur wenige diesen Fall erschöpfend[2]). Die meisten, welche die Hypothek auch in Ansehung der Forderung unter den Schutz des öffentlichen Glaubens stellen, begnügen sich damit, die aus diesem Prinzipe hervorgehende Beschränkung der Einwendungen auszusprechen, werden also in dem Sinne verstanden werden, daß der Eigenthümer in seiner Vertheidigung gegen den Anspruch aus der Hypothek grundsätzlich nicht weiter beschränkt sein solle. Hierher gehören namentlich das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 Abs. 2 und die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck, Sondershausen und Lippe, das bayr. Hypoth. Ges. § 26, das sächs. G. B. §§ 429, 463, 465, das württemb. Pfandges. Art. 88. Der Entwurf vermag auf besondere Vorschriften darüber, welcher Kategorieen von Einwendungen der Eigenthümer als solcher sich bedienen darf, schon aus Rücksicht auf die Oekonomie seiner Bestimmungen nicht zu verzichten.

1. Einw. aus einem persönl. Rechtsverh.,

1. Besteht zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger ein persönliches Rechtsverhältniß, so müssen dem hypothekarischen Anspruche alle Einwendungen, welche in diesem Verhältnisse sich gründen, unbeschränkt entgegengesetzt werden können, ohne daß der Eigenthümer genöthigt wäre, sich auf die Geltendmachung seiner persönlichen Ansprüche in einem besonderen

---

[1]) Unter Einwendung wird hier nicht blos die eigentliche Einrede, sondern jede Behauptung verstanden, welche der Eigenthümer aufstellt, um die gänzliche oder theilweise Zurückweisung des Anspruches aus der Hypothek zu rechtfertigen.

[2]) Z. B. das braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 44; das anhalt. Ges. über die Einf. von Grundb. § 36. Siehe auch das hess. Pfandges. Art. 135 und den bayr. Entw. III Art. 358.

Verfahren verweisen zu lassen. In dem geltenden Rechte wird dies meist als selbstverständlich vorausgesetzt. Hieraus erklärt es sich, daß das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 38 die Zulässigkeit derjenigen Einreden, welche, „dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen", nur in Ansehung der Grundschuld ausspricht. Das braunschw. Gesetz, welches die Grundschuld ablehnt, hat diese Bestimmung für die Hypothek übernommen.

Der Entwurf ist bei der Regelung des Eigenthumes, des Vorkaufsrechtes, des Erbbaurechtes, der Dienstbarkeiten und der Reallasten so verfahren, daß er in Ansehung jedes einzelnen dieser Rechte eine Vorschrift giebt, durch welche die Geltendmachung von Einwendungen aus einem persönlichen Rechte gegen den dinglichen Anspruch, soweit erforderlich, zugelassen wird[1]). Dieses Verfahren muß auch hier befolgt werden, weil sonst das Mißverständniß zu besorgen wäre, daß der Anspruch aus der Hypothek durch eine Einwendung der gedachten Art nicht bekämpft werden könnte. Bei der Hypothek kommen gerade Vereinbarungen, durch welche der Gläubiger dem Eigenthümer gegenüber (obligatorisch) verpflichtet wird, von seinem dinglichen Rechte keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen, recht häufig vor. Es besteht daher ein praktisches Bedürfniß für die Bestimmung, welche der § 1084 in seinem ersten Absatze aufstellt. Die Richtigkeit derselben ergiebt sich aus den §§ 206 und 224 Abs. 1 Satz 1; die Fassung schließt sich dem § 689 an.

2. Einwendungen

2. Der Eigenthümer kann ferner die aus dem Grundbuche sich ergebenden Einwendungen, namentlich solche, durch die das Bestehen der Hypothek verneint wird, diese aber, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches entgegenstehen, auch dann erheben, wenn das Buch über die Einwendung keine Auskunft ertheilt. Dies folgt freilich bereits aus anderweiten Bestimmungen des Entwurfes[2]) und gilt im Allgemeinen für alle Rechte an Grundstücken, ohne daß es für eines derselben bisher besonders ausgesprochen wäre. Auch für die Hypothek erscheint ein solcher Ausspruch nicht angezeigt. Wohl aber ist es zur richtigen Begrenzung der Tragweite des § 1084 nothwendig, darüber keinen Zweifel zu lassen, daß, wenn unter Abs. 1 dem Eigenthümer die in einem persönlichen Rechtsverhältnisse sich gründenden Einwendungen zugestanden werden, die Absicht hierbei keineswegs die ist, die aus dem Grundbuche hervorgehenden oder die das Bestehen der Hypothek verneinenden Einwendungen auszuschließen. Deshalb wird unter Abs. 2 bestimmt, daß das Recht des Eigenthümers zur Erhebung solcher Einwendungen von der Vorschrift des Abs. 1 nicht berührt wird.

Zur Klarstellung des Standpunktes, welchen der Entwurf einnimmt, mag noch Folgendes bemerkt werden:

a) aus dem Grundbuche.

a) Unter den Landesgesetzen sprechen nur einige, z. B. das braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 44 Ziff. 2, die Zulässigkeit der aus dem Grundbuche sich ergebenden Einreden als Grundsatz aus; andere verwenden diesen Grundsatz ausdrücklich nur für die Einreden aus dem

---

[1]) §§ 942, 955, 964, 978, 1017, 1054.

[2]) Vergl. die §§ 828, 837, 838, 843, 844, 1083.

persönlichen Schuldverhältnisse bei der Frage, ob solche einem dritten Inhaber der Hypothek entgegengesetzt werden können, so das preuß. Ges. § 38 Abs. 2; wieder andere, namentlich das sächs. G. B., reden überhaupt weder von Einwendungen, noch von Einreden, die sich aus dem Grundbuche ergeben. Alle Gesetze indessen, welche die Hypothek durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches schützen, gehen erkennbar davon aus, daß dieser Schutz gegen eine Einwendung zu versagen sei, zu welcher das Buch selbst das Material liefert, daß der Gläubiger mit demselben Rechte, mit welchem er den hypothekarischen Anspruch auf das Grundbuch stützt, auch die auf den Inhalt des Buches sich gründende Vertheidigung des Eigenthümers gegen den Anspruch sich gefallen lassen müsse[1]).

Die Einwendungen, welche hierher gehören, können sowohl aus der Eintragung der Hypothek selbst als auch aus einer dieselbe aufhebenden oder verändernden Eintragung hergeleitet sein. Praktisch wichtig sind namentlich Veräußerungsverbote, welche einer Geltendmachung der Hypothek entgegenstehen, und Vormerkungen zur Erhaltung von Einwendungen, welche gegen einen Vormann des gegenwärtigen Gläubigers eingetragen sind, gleichviel, ob durch sie die Forderung als Grundlage des dinglichen Rechtes oder das letztere unmittelbar betroffen wird.

b) gegen das Bestehen der Hypothek.

b) Die Einwendungen, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint wird, obschon das Grundbuch dieselbe als bestehend erscheinen läßt, haben das mit einander gemein, daß sie sich in einer Unrichtigkeit des Buches nach Maßgabe des § 843 gründen. Sie richten sich entweder gegen den dinglichen Vertrag, durch welchen, oder gegen die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist.

α. wegen Ungültigkeit des dingl. Vertr.,

α. Ist der dingliche Vertrag nichtig, so kann dies gemäß § 108 von Jedem, der ein Interesse dabei hat, und folglich auch von demjenigen, auf welchen das Eigenthum des Grundstückes nach Eintragung der Hypothek übergegangen ist, gegen den dinglichen Anspruch des Gläubigers geltend gemacht werden. Unterliegt dagegen der Vertrag nur der Anfechtung, so ist er so lange rechtsbeständig und wirksam, als er nicht angefochten ist. Das Anfechtungsrecht aber hat nach den Vorschriften der §§ 112, 113 in Ansehung der Hypothekenbestellung nicht der Eigenthümer als solcher, sondern nur derjenige, welcher die Eintragung der Hypothek bewilligt hat. Nur wenn dieser die Anfechtung erklärt, fällt der Vertrag. Hieraus ergiebt sich, daß der Eigenthümer nicht schon aus der Anfechtbarkeit, sondern nur aus der von dem Berechtigten erklärten Anfechtung des dinglichen Vertrages eine Einwendung gegen den hypothekarischen Anspruch herleiten kann.

β. wegen Nichtbestehens der Forderung.

β. Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt oder, obschon entstanden, in der Folge erloschen, so besteht auch die Hypothek nicht, bezw. nicht mehr. Der Eigenthümer kann daher den Anspruch aus der Hypothek dadurch abwenden, daß

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 424, 523 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 9, 38, 49, 60; sächs. G. B. §§ 143, 223, 224, 429; ferner die Gesetze für Altenburg und Reuß, sowie die S. 696 angeführten Gesetze.

er das Nichtbestehen der Forderung darthut. Einer näheren Rechtfertigung bedarf diese Konsequenz aus der akzessorischen Natur der Hypothek mit Rücksicht auf die §§ 1062 und 1075 nicht.

Der § 1084 giebt durch die Fassung des Abs. 2 deutlich zu erkennen, daß es sich hier um Einwendungen gegen die Forderung nur insoweit handelt, als das Nichtbestehen der letzteren behauptet wird. Der Eigenthümer kann also nicht geltend machen, daß er mit einer dem Schuldner oder einem früheren Eigenthümer zustehenden Forderung gegen den Anspruch des Gläubigers aufrechnen wolle. Wohl aber steht ihm der Einwand zu, daß die Aufrechnung nach Maßgabe der §§ 281, 282 bezw. des § 1082 erfolgt, das Forderungsrecht des Gläubigers mithin erloschen sei.

3. Einreden des Schuldners gegen die Forderung.

3. Bei der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung kann der Eigenthümer, soweit nicht die Vorschrift des § 1083 entgegensteht, sich aller Einreden bedienen, welche dem Schuldner gegen die Forderung zustehen. Der § 1084 spricht dies in seinem dritten Absatze ausdrücklich aus, um namentlich diejenigen Einreden zu treffen, welche, ohne daß der sie begründende Thatbestand die Forderung aufhebt, den Schuldner berechtigen, die Befriedigung der Forderung zu verweigern. Ein solcher Ausspruch steht ohnehin mit der für die Bürgschaft in dem § 671 Abs. 1 getroffenen Bestimmung im Einklange und erscheint auch mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1093 nicht entbehrlich.

Es gehören hierher namentlich die Einreden der Verjährung, wenigstens in gewisser Beziehung[1]), die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache[2]) und die Einrede der dem Schuldner zustehenden Kondiktion[3]). Der praktische Werth der mit einer solchen Einrede behafteten Forderung beschränkt sich darauf, daß die letztere volle Wirksamkeit erlangt, wenn der Schuldner auf die erstere verzichtet bezw. dieselbe nicht geltend macht. Für das Hypothekenrecht ist ein derartiges Verhältniß nicht annehmbar.

Verzicht des Schuldners auf eine Einrede.

Die Verjährungseinrede ist zwar hier, von den Zinsenansprüchen abgesehen, ohne praktische Bedeutung, da die Verjährung des persönlichen Anspruches gemäß § 183 Abs. 1 den Gläubiger nicht hindert, die Hypothek gegen den Eigenthümer geltend zu machen, und auch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mag wegen der nur deklaratorischen Wirkung des richterlichen Urtheiles nicht weiter in Betracht kommen. Von erheblicher Bedeutung ist aber die Einrede des Kondiktionenrechtes, und zwar gleichviel, ob sie schon vor oder erst nach Eintragung der Hypothek entstanden ist. Man denke namentlich an den Fall, daß der Schuldner die Darlehensforderung, wenn für eine solche die Hypothek bestellt ist, anerkannt, das Darlehen jedoch nicht empfangen hat. Das Anerkenntniß kann kondizirt und die Kondiktion nach § 684 auch als Einrede nicht blos dem persönlichen, sondern auch dem dinglichen Anspruche entgegengesetzt werden. Kann nun in diesen und ähnlichen Fällen auch derjenige, welcher das Grundstück nach dessen Belastung mit der

---

[1]) §§ 154, 182.
[2]) § 191.
[3]) §§ 684, 737, 744, 745, 747, 748.

Hypothek erworben oder die letztere für die Schuld eines Dritten bestellt hat, die Einrede des Schuldners gebrauchen, so ist doch dieses Recht ein vollkommenes und dem berechtigten Interesse des Eigenthümers entsprechendes nur dann, wenn es unabhängig von dem Willen des Schuldners gestellt wird. Deshalb entzieht der § 1084 einem nach der Begründung der Hypothek von dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger erklärten Verzichte[1]) auf eine Einrede die Wirksamkeit gegen den hypothekarischen Anspruch.

II. Ausgeschlossene oder nur beschränkt zulässige Einw.

II. Mit Rücksicht auf das geltende Recht muß hier auf die Einwendungen noch weiter eingegangen werden.

1. Einrede der Vorausklage;

1. Die in den römischen Quellen sich gründende Einrede der Vorausklage des persönlichen Schuldners steht auch nach dem franz. G. B. Art. 2170 und 2171, obschon mit gewissen Einschränkungen, dem dritten Besitzer des verpfändeten Grundstückes zu. Im Uebrigen ist sie durch die Landesgesetzgebung als dem Realkredite schädlich fast überall beseitigt[2]). Aus dem Begriffe der Hypothek, welcher dem Entwurfe zu Grunde liegt, folgt ihre Zulässigkeit nicht. Durch die §§ 1075 und 1084 ist sie ausgeschlossen.

2. Einwend. eines früheren Eigenthümers;

2. Der Eigenthümer kann die für einen früheren Eigenthümer begründeten Einwendungen, soweit er zu deren Erhebung nicht nach § 1084 berechtigt ist, nicht geltend machen. In Frage kommen nur die Einwendungen des ersten Absatzes dieses Paragraphen. Ihr Inhalt ist der, daß der Eigenthümer vermöge obligatorischer Beziehungen zwischen ihm und dem Gläubiger berechtigt ist, von diesem zu verlangen, daß derselbe die Hypothek überhaupt oder in vollem Umfange gegen ihn nicht ausübe. Dieses Recht aber geht, wenn man von der eigenthümlichen Konstruktion der Hypothek als Realobligation[3]) absieht, durch eine Veräußerung des Grundstückes auf den Erwerber desselben nicht über. Der Erwerber kann daher von den gedachten Einwendungen des Veräußerers nur Gebrauch machen, wenn dieser ihm dieselben abgetreten hat. Hierbei muß es auch für das bürgerliche Gesetzbuch bewenden, da ein praktisches Bedürfniß zu einem Eingreifen in die Rechtskonsequenz zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers nicht vorhanden ist[4]).

3. Einwend. gegen einen Rechtsvorgänger des Gläubigers;

3. Der Eigenthümer kann die nach § 1084 Abs. 1 für ihn gegen den Gläubiger begründeten Einwendungen einem Sondernachfolger desselben nicht entgegensetzen. Für gewisse Partikularrechte, namentlich das preuß. und das mecklenb. Recht, mag freilich die Auffassung sich rechtfertigen, daß der

---

[1]) Vergl. §§ 182, 191, 290, 672.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 49 und Ges. über das Grundbuchwesen in Neuvorpommern und Rügen § 8, Schleswig-Holstein § 32, Hohenzollern § 7; bayr. Hypoth. Ges. § 49 und bayr. Entw. III Art. 359; sächs. G. B. §§ 425—428; württemb. Pfandges. Art. 90, 114, 116; hess. Pfandges. Art. 136; mecklenb. revid. Stadtb. O. § 30 und Hypoth. O. für Landg. § 39; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg § 37, Braunschweig § 43, Lippe § 37, Sondershausen § 34. Im Uebrigen siehe v. Roth, deutsches Priv. R. § 313 S. 657.

[3]) Vergl. hamb. Ges. §§ 34, 35; v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 23 S. 168.

[4]) Wegen des bayr. Hypothekenrechtes siehe Regelsberger § 34 Note 5 S. 156.

Sondernachfolger diesen Einwendungen hafte, wenn ihm dieselben bei Erwerbung der Hypothek bekannt geworden sind. Allein dies setzt voraus, daß den persönlichen Rechten in dem unterstellten Falle eine gewisse dingliche Kraft beigelegt wird, — eine Voraussetzung, welche nach dem Entwurfe nicht zutrifft. Der Entwurf beruht auf der Grundanschauung, daß das dingliche Recht seinem Wesen nach scharf geschieden ist von dem obligatorischen Rechte[1]), daß daher für den Erwerber eines dinglichen Rechtes die Kenntniß von Einwendungen, welche diesem Rechte auf Grund persönlicher Beziehungen des bisherigen Berechtigten zu dem Eigenthümer des Grundstückes entgegenstanden, unerheblich, d. h. weder der Erwerbung hinderlich noch an sich geeignet ist, dieselbe zu einer unredlichen zu machen. Eine andere Beurtheilung des Verhältnisses tritt nur dann ein, wenn die Verfügung über das dingliche Recht den Zweck gehabt hat, den einwendungsberechtigten Eigenthümer um die Ansprüche gegen den bisherigen Berechtigten zu bringen, und die Handlungsweise des Erwerbers, wegen wissentlicher Betheiligung an einer betrügerischen Handlung des Rechtsvorgängers oder doch wegen des in ihr enthaltenen Verstoßes gegen die guten Sitten, als Delikt gegenüber dem Eigenthümer nach Maßgabe der §§ 704, 705, 714 erscheint. Durch diese deliktmäßige Haftung wird das praktische Bedürfniß ausreichend befriedigt.

4. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 Abs. 3 sind „Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers (Autors) sowohl gegen die Klage aus einer Grundschuld als die aus einer Hypothek unzulässig". Man wird diese etwas dunkle Bestimmung so verstehen dürfen, daß, wenn eine eingetragene Post durch mehrere Hände gegangen ist, der Uebergang auf einen Zwischeninhaber durch dessen Eintragung zu Gunsten des Klägers, mit Ausschluß des Gegenbeweises, dargethan werden soll[2]). Eine solche unwiderlegliche Rechtsvermuthung geht indessen über das Bedürfniß hinaus. Vom Standpunkte des Entwurfes erscheint derjenige, welcher die Hypothek geltend macht, durch die Vorschriften der §§ 826, 837, 1083 gegen Einwendungen, welche seine Legitimation zur Sache betreffen, hinlänglich geschützt. 4. Einwend. gegen das Verfügungsrecht des Klägers;

5. Wenn nach dem Tode des Schuldners der persönliche Anspruch gegen den Erben erhoben wird, so kann dieser, sofern er das Juventarrecht nicht verloren hat, wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses die Befriedigung des Gläubigers verweigern[3]). Diese Einrede darf aber, da die Hypothek gerade den Zweck hat, dem Gläubiger eine von dem Vermögensstande des Schuldners unabhängige Sicherheit zu gewähren, gegen den dinglichen Anspruch nicht zugelassen werden. Sie wird deshalb hier ebenso, wie in dem § 671 Abs. 2 für den Fall der Bürgschaft, ausdrücklich ausgeschlossen. 5. Inventareinrede.

III. Ueber das Einwendungsrecht gleich- oder nachstehender Berechtigter, wenn gegen solche der Anspruch aus der Hypothek gerichtet ist, hat der Entwurf keine besondere Bestimmung. Entspricht der Inhalt des III. Einw. gleich- und nachstehender Berechtigter.

---

[1]) Vergl. oben S. 1, 3, 6—9.

[2]) Erk. des Obertrib. v. 3. Mai 1878, Gruchot 23 S. 124.

[3]) Vergl. §§ 2092 ff.

Grundbuches nicht der wirklichen Rechtslage, so kann gemäß § 843 Jeder, dessen Recht hierdurch beeinträchtigt wird, gegenüber dem Gegenbetheiligten den Widerspruch geltend machen und Berichtigung des Buches verlangen. Im Uebrigen sind die Einwendungen eines Betheiligten gegen den Anspruch des anderen immer auf die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen beiden zurückzuführen. Vornehmlich gehört hierher die Anfechtung von Rechtshandlungen auf Grund des Ges. vom 21. Juli 1879. In dieser Hinsicht aber ist eine Beschränkung des Anfechtungsrechtes, wie sie sich in dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 40 zu Gunsten der Grundschuld findet, kein Bedürfniß. Ob für den Fall der Zwangsversteigerung, in welchem Konflikte zwischen begrenzten Rechten an dem Grundstücke am häufigsten sind, zur Lösung dieser Konflikte besondere Vorschriften sich nöthig machen, bleibt der Entscheidung durch das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehalten.

l) Vormerkung zur Erhaltung einer Einwendung gegen die Forderung.

§ 1085.

I. Schutzbedürftigkeit der Einw. gegen die Forderung.

I. Der Eigenthümer verliert die nicht aus dem Grundbuche hervorgehenden Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek, wenn der Gläubiger über die letztere zu Gunsten eines Dritten verfügt, der sich auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Buches zum Schutze seiner Erwerbung berufen kann. Das Gesetz muß daher, um gerecht zu sein, ein Mittel bieten, durch welches eine für den Eigenthümer begründete Einwendung dem Einflusse von Verfügungen des Gläubigers entzogen wird. Die Landesgesetze, welche hier in Betracht kommen[1]), gewähren dieses Mittel dadurch, daß sie die Eintragung der Einwendung in das Hypothekenbuch bezw. die Eintragung eines Widerspruches des Eigenthümers gegen Verfügungen des Gläubigers gestatten. Der Eintragung wird nach einigen nur die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung (Protestation, Verwahrung), nach anderen die Bedeutung der Vormerkung beigelegt[2]). Auf die Verschiedenheiten des geltenden Rechtes braucht indessen hier nicht weiter eingegangen zu werden, da der Standpunkt, welchen der Entwurf hier einzunehmen hat, bereits durch frühere Bestimmungen vorgezeichnet ist.

Schutzmittel:

Veräußerungsverbot;

Zweifellos ist zunächst, daß, wenn die Sachlage danach angethan erscheint, den Gläubiger in der Verfügung über die Hypothek durch ein Veräußerungsverbot zu beschränken, das zuständige Gericht auf Antrag des Eigenthümers das Verbot zu erlassen und dessen Eintragung anzuordnen hat.

Vormerkung.

Nicht zweifelhaft ist ferner, daß das Institut der Vormerkung, welches die §§ 844 und 845 regeln, auch für das Hypothekenrecht Geltung hat. Eine Bestimmung zur Erhaltung von Einwendungen des Eigenthümers gegen den

---

[1]) Vergl. oben S. 238, 239.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 417—426, 523 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 49, 60, 70; bayr. Hypoth. Ges. § 26; sächs. G. B. § 143; württemb. Pfandges. Art. 72 ff. Wegen des mecklenb. Rechtes siehe v. Meibom § 12 S. 95

hypothekarischen Anspruch ist demnach nur insoweit nöthig, als dieselben sich gegen die Forderung richten, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. In dieser Hinsicht aber muß die Konsequenz des § 1083 dahin führen, in gleicher Weise, wie derselbe den Schutz des Gläubigers durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches erweitert, auch die Sicherung des Eigenthümers gegen die Gefahr, welche hieraus den Einwendungen gegen die Forderung erwächst, durch Ausdehnung des Vormerkungsinstitutes auf die Erhaltung dieser Einwendungen zu erweitern. Dieser Gedanke gelangt in dem § 1085 Abs. 1 zum Ausdrucke.

II. Die Vormerkung kann gemäß § 845 nur auf Grund einer Anordnung des Gerichtes eingetragen werden, es sei denn, daß die Eintragung von dem Gläubiger bewilligt wäre. Hiervon weicht der Entwurf in dem § 1085 Abs. 2 zu Gunsten der Darlehenshypothek ab, wenn der Eigenthümer den Einwand, daß er die Valuta des Darlehens nicht empfangen habe, vormerken lassen will. II. Vormerkung bei der Darlehenshypothek.

Nach dem preuß. A. L. R. I, 11 § 738 konnte wegen dieses Einwandes noch innerhalb 38 Tagen nach der Eintragung des Darlehens eine Protestation in das Hypothekenbuch eingetragen werden, und zwar mit der Wirkung, daß die Darleihung, auch wenn die Hypothek inzwischen auf einen Dritten übergegangen war, ungeachtet des Empfangsbekenntnisses in der Schuldurkunde, dem Eigenthümer besonders bewiesen werden mußte. Für Preußen ist zwar diese Bestimmung durch das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. beseitigt[1]). In anderen Staaten dagegen, namentlich in Bayern, Sachsen, Württemberg und Mecklenburg, bestehen derartige Vorschriften noch heute. Die Frist ist überall auf 30 Tage beschränkt worden. Die bayr. und die sächs. Gesetze heben besonders hervor, daß die Einrede, wenn die Protestation rechtzeitig eingetragen ist, auch einem Dritten, der die Forderung vor Ablauf der Frist an sich gebracht hat, entgegengesetzt werden kann[2]).

Für den Entwurf fällt die Richtung der neueren preuß. Gesetzgebung hier nicht ins Gewicht, da dieselbe nur die Briefhypothek als Verkehrshypothek regelt, während es sich an dieser Stelle darum handelt, die Hypothek ohne Hypothekenbrief verkehrsfähig zu gestalten. Wird eine solche Hypothek für ein Darlehen bestellt, so ist, da der Darleiher, um sicher zu gehen, regelmäßig erst nach der Eintragung die Valuta zahlen wird, hiermit für den Eigenthümer die Gefahr verbunden, daß der Buchgläubiger über die Hypothek zu Gunsten eines Dritten verfügen und, falls diesem die Sachlage unbekannt ist, die Einrede des nicht empfangenen Geldes gegen den dinglichen Anspruch beseitigen

---

[1]) Siehe hierüber Kochs Allg. Landrecht I, 11 § 738 und v. Roth, deutsches Priv. R. § 313 Note 46.

[2]) Siehe für Bayern Hypoth. Ges. v. 1. Juni 1882 § 47 und Ges. zur Ausf. der C. P. O. v. 23. Februar 1879 Art. 123 Ziff. 1 und Art. 235 Ziff. 5, Sachsen Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 § 77 und Verordn., das Verfahren in nicht streitigen Rechtssachen betr., v. 9. Januar 1865 § 220, Württemberg Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 87, Mecklenburg Hypoth. O. v. 18. Oktober 1848 § 29 und Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 30.

kann. Wollte das Gesetz gegen diese Gefahr keinen besonderen Schutz gewähren, so würde die Buchhypothek für den Verkehr überhaupt nicht brauchbar sein. Es ist zwar behauptet worden, die Gefahr trete nicht ein, wenn die Zahlung der Valuta an den Eigenthümer gegen die Bewilligung der Eintragung im Amtslokale des Grundbuchamtes geleistet werde. Allein dies ist, abgesehen davon, daß das Amtslokal als ein für Zahlungen geeigneter Ort nicht gelten kann, nicht zutreffend, weil der Gläubiger, selbst wenn der Grundbuchbeamte die Eintragungsbewilligung anstandslos entgegennimmt, doch nicht unbedingt darauf rechnen darf, daß die Vollziehung der Eintragung nicht beanstandet werde. Es bleibt somit nur übrig, den Eigenthümer auf den Weg der Vormerkung zu verweisen. Auf diesem Wege aber kann, wenn an dem § 845 festgehalten wird, die Erreichung des Zieles nicht verbürgt werden, weil, bevor die Vormerkung durch Vermittelung des Prozeßgerichtes zur Eintragung gelangt, der Gläubiger über die Hypothek bereits verfügt haben kann. Dem Eigenthümer steht allerdings frei, die Eintragung der Hypothek nur zu bewilligen, wenn der Gläubiger dagegen die Eintragung der Vormerkung bewilligt. Allein dieser Ausweg ist mit Weiterungen und Kosten verbunden; auch bringt er den Eigenthümer in die Lage, ein Zeichen des Mißtrauens gegen den Gläubiger zu geben, während doch sein Interesse nur verlangt, daß die Vormerkung eingetragen werden kann, wenn der Gläubiger nach Eintragung der Hypothek mit der Valutenzahlung zurückhält. Deshalb muß nach dem Vorgange der bayr. und der sächs. Gesetzgebung die Eintragung des Einwandes, daß die Valuta des Darlehens nicht gegeben sei, binnen einer angemessenen Frist auf Antrag des Eigenthümers bei dem Grundbuchamte ohne Vermittelung des Gerichtes und unabhängig von dem Willen des Darleihers nachgelassen werden, so zwar, daß der innerhalb der Frist von 30 Tagen vorgemerkte Einwand auch gegen einen dritten Inhaber der Hypothek gestattet werden muß. Die Besorgniß, daß die Vormerkung in Fällen, in welchen der Eigenthümer die Valuta empfangen hat, gemißbraucht werden möchte, findet in der Erfahrung keine Stütze und erledigt sich in der Hauptsache dadurch, daß die Eintragung nur den Gebrauch der Einrede sichert, nicht aber des Beweises derselben überhebt.

5. Uebertragung der Hypothek.

Vorbemerkungen.

Uebertragung der Forderung.

I. Nach dem Entwurfe folgt die Hypothek der Forderung, wenn diese auf einen Anderen übertragen wird. Die Uebertragung der Forderung aber kann gemäß § 294 auf einem Vertrage zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger (Abtretung) oder auf gerichtlicher Anordnung oder unmittelbar auf Gesetz beruhen. Schreibt das Gesetz die Uebertragung vor, so hat es zugleich die Thatsache zu bestimmen, an welche der Uebergang der Forderung sich

Erbfall.

knüpfen soll. Unter den Fällen, welche hierher gehören, ist der Erbfall der wichtigste. In dieser Hinsicht aber wird das Erbrecht ergeben, daß die Forderung und, wenn sie durch Hypothek gesichert ist, auch die Hypothek mit dem Tode des Gläubigers auf dessen Erben übergeht. Zu erwähnen sind ferner die

Fälle, welche in der Doktrin des gemeinen Rechtes unter dem Namen „hypothekarische Sukzession" behandelt zu werden pflegen[1]). Es sind dies: Hypothekarische Sukzession.

1. der Fall der Novation, indem nämlich angenommen wird, daß die für die bisherige Forderung bestellte Hypothek auf die neue Forderung übergeht, wenn dies zwischen den Vertragschließenden verabredet wird[2]);

2. der Fall der Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten, — das sog. Abfindungsgeschäft, bei welchem der Dritte nach Einigen die Forderung mit dem Pfandrechte, nach Anderen nur das letztere erwerben soll[3]);

3. das Ablösungsrecht[4]);

4. der Fall, wenn der Käufer der Pfandsache sich ausbedungen hat, daß der Preis zur Befriedigung eines Pfandgläubigers verwendet werden solle; hier sollen die Rechte des befriedigten Gläubigers auf den Käufer übergehen[5]).

Wie indessen diese Fälle nach dem Entwurfe zu beurtheilen sind, ergiebt sich aus anderweiten Bestimmungen desselben[6]). Hier ist demnach, von dem Grundsatze der Zusammengehörigkeit von Hypothek und Forderung abgesehen (§ 1086), nur von der Abtretung und der auf richterlicher Anordnung beruhenden Uebertragung (Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung) zu handeln.

II. Wenn der Entwurf die Uebertragung der Hypothekenforderung nicht besonders ordnete, wäre es denkbar, ihn so aufzufassen, daß die Uebertragung der Forderung nach den §§ 293—310, die Uebertragung der Hypothek dagegen, sofern sie auf Rechtsgeschäft beruhte, nach den §§ 828—833 sich bestimmen sollte, mithin der auffällige Gegensatz bestände, daß, während gemäß § 297 die Uebertragung der Forderung zugleich den Uebergang des mit derselben verbundenen Nebenrechtes bewirkte, die Hypothek nach § 828 von dem Gläubiger nur mittels des dinglichen Vertrages und der Eintragung auf einen Anderen übertragen werden könnte. Einer solchen Auffassung des Verhältnisses der gedachten Paragraphen zu einander darf jedoch nicht Raum gegeben werden. Der begrifflichen Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung und dem Verkehrsbedürfnisse entspricht nur eine Regelung, durch welche die Uebertragung beider Rechte denselben Grundsätzen unterworfen wird. Diese Grundsätze aber müssen dem Sachenrechte entlehnt werden, da die wirthschaftliche Bedeutung der Hypothekenforderung nicht sowohl in dem persönlichen als vielmehr in dem dinglichen Rechte des Gläubigers liegt. Andererseits darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß vom juristischen Standpunkte die Forderung Uebertragung nach den Vorschr. des Sachenrechtes.

---

[1]) v. Roth, die hypoth. Sukzession und die Eigenthümerhypothek, in dem Arch. für civilistische Praxis 62 S. 1 ff., Separatabdruck S. 10—17, 19, 20, und deutsches Priv. R. § 316, Bd. 3 S. 675—684.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 470, 471; hess. Pfandgef. Art. 154.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 442, I, 16 § 50; württemb. Pfandgef. Art. 107; hess. Pfandgef. Art. 98; vergl. auch das sächs. G. B. § 445 und die mehrerwähnten Gesetze für Altenburg §§ 97, 101, Reuß ä. L. §§ 94, 98 und j. L. §§ 96, 100.

[4]) Oben S. 690.

[5]) Pfandgef. für Württemberg Art. 109 und Hessen Art. 98.

[6]) Siehe insbesondere die §§ 227, 264, 1031, 1092, 1094, 1095, 1097, 1098.

das Hauptrecht und die Hypothek das Nebenrecht ist. Wenn daher die Bedeutung der Hypothekenforderung nach beiden Richtungen voll zur Geltung kommen soll, so muß zwar an dem Grundsatze des § 297 festgehalten, die Uebertragung der Forderung aber nach den für die Uebertragung der Rechte an Grundstücken geltenden Vorschriften geregelt werden.

a) Uebergang der Hypothek durch Uebertragung der Forderung.

§ 1086.

1 Zusammengehörigkeit von Hypoth. und Forderung.

1. Das röm. Recht zieht aus der akzessorischen Natur der Hypothek die Folgerung, daß, wenn die Forderung auf einen Anderen übertragen wird, hiermit zugleich die Hypothek auf denselben übergeht. Zahlreiche Landesgesetze sprechen gleichfalls diese Folgerung aus; so namentlich das franz. G. B. Art. 1692, das bayr. Hypoth. Ges. § 53, das württemb. Pfandges. Art. 92, das hess. Pfandges. Art. 98, das braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 53. Doch ist es bei einigen fraglich, ob es sich hier um eine zwingende Vorschrift oder um eine Dispositivbestimmung oder gar nur um eine Auslegungsregel handelt. Diese Frage kann auch gegenüber dem preuß. A. L. R. I, 11 §§ 400, 402 und I, 20 §§ 511, 512 aufgeworfen werden[1]). Das sächs. G. B. enthält in dem § 954 eine dem § 297 des vorliegenden Entwurfes entsprechende Vorschrift, macht aber unter § 438 den Uebergang einer eingetragenen Forderung von der Umschreibung auf den neuen Gläubiger abhängig. Aehnlich ist der Standpunkt des bayr. Entw. II Art. 155, 157 und III Art. 56, 400.

Der vorliegende Entwurf bringt in dem ersten Absatze des § 1086 den Grundsatz des röm. Rechtes als eine aus der Zusammengehörigkeit der Hypothek und der Forderung mit Nothwendigkeit sich ergebende Konsequenz zum Ausdrucke.

2. Uebergang der Hypoth.: a) mit der Forderung.

2. Die Vorschrift hat nach dem zweiten Absatze eine doppelte Tragweite.

a) Die Hypothek muß mit der Forderung übergehen. Die Uebertragung der letzteren ohne die erstere wäre ein in sich widerspruchsvoller Akt. Denn da die Hypothek lediglich zur Sicherung der Forderung dient, so kann sie nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen; für einen früheren Gläubiger würde sie ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein. In dem sächs. G. B. § 456 wird deshalb die Abtretung einer eingetragenen Forderung, wenn der Abtretende die Hypothek nicht mit übertragen zu wollen erklärt, als Verzicht auf die Hypothek ausgelegt. Es ist jedoch mindestens zweifelhaft, ob diese Auslegung für die Mehrheit der Fälle dem Willen des bisherigen Gläubigers gerecht wird. In das System des Entwurfes paßt sie schon deshalb nicht, weil nach § 1091 durch einen einseitigen Verzicht des Gläubigers die Hypothek nicht aufgehoben werden kann. Mit der begrifflichen Zusammengehörigkeit der Hypothek und der Forderung steht es ohnehin besser in Einklang, wenn nach dem Vorgange des braunschw. Ges. § 53 Abs. 2 einer Uebertragung der Forderung mit der Maßgabe, daß die Hypothek nicht mit übertragen sein solle, die Wirksamkeit

---

[1]) Förster (Eccius) § 199a, Bd. 3 S. 557; Dernburg, Priv. R. 1 § 325 (4. Aufl.) S. 830.

abgesprochen wird, so zwar, daß eine Erklärung dieses Inhaltes, dem Grundbuchamte zur Eintragung vorgelegt, von diesem zurückgewiesen werden muß.

b) Die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden. Diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek entspricht dem geltenden Rechte[1]). Nach dem Entwurfe erleidet sie gewisse Einschränkungen durch die Vorschriften der §§ 1083, 1094, 1095, 1097. Im Uebrigen rechtfertigt sie sich durch die bisherigen Erörterungen. b) nicht ohne die Forderung.

Darüber, daß der § 1086 für alle in dem § 294 bezeichneten Uebertragungsarten gilt, läßt seine Fassung keinen Zweifel.

b) Uebertragung durch Abtretung.

§ 1087.

Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 § 513 ist „die Eintragung einer gehörig geleisteten Zession in das Hypothekenbuch zur Gültigkeit des Geschäftes nicht nothwendig", und auch nach dem Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 54 ist „der Erwerb der Hypothek durch Abtretung" von der Eintragung nicht abhängig. Dasselbe gilt nach dem franz. G. B. Art. 1692, 2112, dem bayr. Hypoth. Ges., dem württemb. Pfandges., den mecklenb. Gesetzen und den Gesetzen über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Lippe, sowie nach dem anhalt. Pfandges. von 1870. Geltendes Recht.

Dagegen bestimmte das (jetzt aufgehobene) sächs. Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 § 84: „Die Abtretung einer hypothekarischen Forderung erlangt erst durch die Benachrichtigung des Schuldners (debitor cessus) und darauf folgende Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch Gültigkeit gegen dritte Personen wie auch gegen den Schuldner selbst". Diese Bestimmung ist in die gleichnamigen Gesetze für Altenburg (§ 86) und Reuß j. L. (§ 85) übergegangen; auch findet sie sich, wenn auch anders gefaßt, in den mehrerwähnten Gesetzen für Hessen (Art. 92, 39), Weimar (§ 80), Nassau (§ 26), Meiningen (Art. 10) und Rudolstadt (§ 34). Das sächs. G. B. hat das Erforderniß der Benachrichtigung des Schuldnes aufgegeben, im Uebrigen wiederholt es unter § 438 der Sache nach die Vorschrift des Ges. von 1843. Mit ihm stimmen überein die Grundb. Gesetze für Hamburg (§ 36) und Reuß ä. L. (§ 83), das Ges. über den Grundeigenthumserw. ꝛc. für Sondershausen (§ 47 Abs. 2) und in Ansehung der Theilabtretung das anhalt. Grundb. Ges. v. 11. März 1877 (§ 6a).

Wenn der Entwurf in § 828 nicht blos für die Begründung, sondern auch für die Uebertragung der dinglichen Rechte mittels Rechtsgeschäftes die Eintragung in das Grundbuch vorschreibt, so verwirklicht er nur den allgemeinen Gedanken seines Systemes, daß das Buch die rechtlichen Be- Anwendung des Eintragungsprinz. auf die Fort.

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 52; sächs. G. B. § 384; Pfandges. für Hessen Art. 92, Weimar § 72 und Rudolstadt § 32; Gesetze über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha § 52, Braunschweig § 53, Waldeck ꝛc.; Grundb. Gesetze für Altenburg § 84, Reuß ä. L. § 81 und j. L. § 83; bayr. Entw. III Art. 356; Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 87 S. 424 ff.

ziehungen der Grundstücke möglichst im Einklange mit der Wirklichkeit nachzuweisen hat. Dieser Gedanke aber trifft bei der Zusammengehörigkeit der Hypothek mit der Forderung nicht blos für jene, sondern auch für diese zu. Deshalb verlangt der § 1064 für die Begründung der Hypothek auch die Eintragung der Forderung, und nach § 1083 steht die letztere nicht minder als das dingliche Recht unter dem Schutze, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches den Rechten an Grundstücken gewährt. Es ist daher nur konsequent, auch bei der Uebertragung, soweit dieselbe nach § 828 durch das Buch vermittelt wird, der Hypothek die Forderung folgen zu lassen. Diese Konsequenz wäre nur aufzugeben, wenn überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit hierzu nöthigten. Was zweckmäßig ist, wird ersichtlich, wenn man den Einfluß der Uebertragung auf die Rechtsstellung des neuen Gläubigers (Zessionars) und des Eigenthümers untersucht.

Stellung des Zessionars.

Der Zessionar muß, um nicht zu Schaden zu kommen, in erster Linie darauf rechnen können, daß die Hypothekenforderung demjenigen zusteht, welcher sie ihm überträgt. Die Feststellung der Legitimation des Zedenten ist aber nicht selten recht schwierig, wenn das Gesetz die Uebertragung außerhalb des Grundbuches gestattet. Will der Zessionar sicher gehen, so kann er auf das Geschäft sich nur einlassen, wenn der Zedent als Gläubiger eingetragen ist. Indirekt nöthigt mithin auch die Lösung, auf welche die hier das Eintragungsprinzip ablehnenden Gesetze hinweisen, zur Eintragung der Abtretung; nur daß die Eintragung nach ihnen nicht rechtsbegründend wirkt, sondern nur diejenigen Vortheile gewährt, welche mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches verbunden sind. Eintragungen mit so beschränkter Wirkung sind aber für den Verkehr nicht wünschenswerth, auch von dem Entwurfe bisher möglichst vermieden, weil sie dazu führen, daß die Fälle eines Widerspruches zwischen dem Buche und der Wirklichkeit sich häufen, während das Grundbuchsystem gerade die Aufgabe hat, einem solchen Widerspruche vorzubeugen. Für die Abtretung ist der Vorzug des direkten Eintragungszwanges vor dem indirekten nicht zweifelhaft. Denn wenn die Hypothekenforderung nur durch Eintragung abgetreten werden kann, so ist Jeder, der sie erwerben will, an den eingetragenen Gläubiger gewiesen, und der Legitimationspunkt hat keine Schwierigkeiten. Denkbar ist freilich, daß der eingetragene Gläubiger die seinerseits zur Eintragung eines neuen Gläubigers erforderliche Erklärung zu Gunsten verschiedener Personen hintereinander abgiebt. Allein diese Gefahr ist noch größer, wenn das Gesetz die Abtretung nicht unter das Eintragungsprinzip stellt. Wer seinem Zedenten eine betrügerische Handlungsweise zutraut, dem bleibt nur übrig, die Gegenleistung für die Abtretung bis zur Eintragung der letzteren zu vertagen.

Stellung des Eigenthümers

Der Eigenthümer ist ebenfalls dabei wesentlich interessirt, daß die Abtretung an die Eintragung gebunden wird. Denn nur, wenn dies geschieht, ist er stets in der Lage, mit Sicherheit beurtheilen zu können, wer sein Gläubiger ist; insbesondere wird er der Gefahr entzogen, von verschiedenen Personen unter der Behauptung jeder einzelnen, daß ihr die Forderung übertragen sei, in Anspruch genommen und den hierdurch entstehenden Weiterungen und prozessualen Nachtheilen ausgesetzt zu werden. Gegen die Gefahr, daß, wenn

der Eigenthümer an den eingetragenen Gläubiger Zahlung geleistet hat, der letztere, bevor das Grundbuch berichtigt wird, noch hinter dem Rücken des ersteren die Forderung auf den Namen eines Dritten umschreiben lassen oder eine Beschlagnahme erfolgen kann, kommt dem Eigenthümer abgesehen von der Möglichkeit, die Zahlung an Grundbuchamtsstelle zu leisten und die Berichtigung des Buches sofort zu verlangen, die Zulässigkeit einer Vormerkung gemäß § 1085 zu statten.

Abtretung einer Korrealhypothek.

Nun ergeben sich freilich Schwierigkeiten für die Fälle, in welchen mehrere Grundstücke hypothekarisch haften, die in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter belegen sind. Allein diese Schwierigkeiten machen sich nicht blos bei der Uebertragung der Hypothek, sondern auch bei der Uebertragung anderer Rechte, namentlich des Eigenthumes, geltend. Für die Korrealhypothek fragt es sich nur, ob die Forderung im Falle der Uebertragung schon durch die Eintragung bei einem Grundstücke oder erst durch die Eintragung bei allen Grundstücken auf den neuen Gläubiger übergeht. Diese Frage aber ist praktisch nicht wichtig genug, um durch das Gesetzbuch ausdrücklich entschieden werden zu müssen.

Rücksicht auf den Verkehr.

Die Erschwerung des Verkehres endlich, welche von der Anwendung des Eintragungsprinzipes auf die Uebertragung der Hypothekenforderung besorgt wird, darf nicht zu hoch angeschlagen werden. In Sachsen, wo seit der Einführung des Grundbuchsystemes die Hypothek nur durch Eintragung übergeht, ist von einer hierauf zurückzuführenden Erschwerung des Verkehres nach einer Auskunft, welche auf genauer Kenntniß der dortigen Verhältnisse beruht, nichts bekannt; und daß in anderen Staaten eine solche Unzuträglichkeit bisher empfunden worden sei, wird von keiner Seite behauptet.

Ausdruck des Prinzipes.

Das Prinzip gelangt in dem Entwurfe dadurch zum Ausdrucke, daß in dem Abs. 1 des § 1087 die entsprechende Anwendung der §§ 828—833 auf die Abtretung der durch die Hypothek gesicherten Forderung vorgeschrieben wird. Der Satz, daß nur der eingetragene Berechtigte den zu der Uebertragung nach § 828 erforderlichen Vertrag schließen kann, wird freilich in dem Abs. 2 zu Gunsten der Erben des eingetragenen Gläubigers aufgegeben. Allein dies rechtfertigt sich aus denselben Gründen, aus welchen der § 869 auch die nichteingetragenen Erben des eingetragenen Eigenthümers zur Auflassung verstattet.

c) Uebertragung durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 1088.

Eintragung.

1. Ein Gläubiger, welchem eine seinem Schuldner gegen einen Dritten zustehende, für ihn gepfändete Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung an Zahlungsstatt zum Nennwerthe überwiesen wird, erwirbt hierdurch nach der C. P. O. §§ 736 und 737 die Forderung ebenso, wie wenn sie ihm freiwillig abgetreten wäre. Der Ueberweisungsbeschluß des Gerichtes ersetzt also die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers. Geht nun eine in das Grundbuch eingetragene Forderung durch Abtretung auf den neuen Gläubiger nur

über, wenn die Uebertragung in dem Buche vermerkt wird, so muß folgerecht auch für die Ueberweisung einer solchen Forderung an Zahlungsstatt das Erforderniß der Eintragung vorgeschrieben werden, zumal auch die Landesgesetze diese Uebertragungsart, was die Wirkung der Eintragung anlangt, nicht anders regeln als die Abtretung[1]).

Ueberweisungsbeschluß. Zustellung.

2. Der Ueberweisungsbeschluß ersetzt die Uebertragungserklärung des bisherigen Gläubigers auch insofern, als eine solche zur Eintragung der Uebertragung in das Grundbuch erforderlich ist. Die Ueberweisung wird aber erst durch die Zustellung des Beschlusses wirksam, durch welchen sie angeordnet ist. Die in dieser Hinsicht nach der C. P. O. § 736 Abs. 3 bestehenden Zweifel finden in der Bestimmung des Entwurfes § 294 Abs. 3 ihre Lösung dahin, daß der Ueberweisungsbeschluß erst durch seine Zustellung an den Drittschuldner wirksam wird. Die Ausführungsgesetze zur C. P. O., welche die Eintragung der Ueberweisung auf Grund des Gerichtsbeschlusses in Aussicht nehmen, gedenken dabei meist der Zustellung des letzteren nicht[2]). Wie es scheint, macht nur das anhalt. Ges. § 11 die Eintragung der Ueberweisung von der Zustellung des Beschlusses an den Eigenthümer abhängig. Das preuß. Ges. § 16 und die Ausführungsgesetze einiger anderer Staaten[3]) haben eine solche Vorschrift nur für den Fall der Eintragung des Pfandrechtes, welches durch die Pfändung einer Hypothekenforderung begründet wird. Nach den Gesetzen für Braunschweig § 2 und Schaumburg-Lippe § 58 ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner und, wenn dieser nicht der Eigenthümer ist, auch an den letzteren erforderlich. Für die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Eigenthümer hat man geltend gemacht, daß es mißlich sei, den Grundbuchbeamten zur Prüfung einer Zustellung an den nicht selten bei der Buchbehörde völlig unbekannten persönlichen Schuldner zu verpflichten. Allein diese Erwägung kann nicht entscheiden, ganz abgesehen davon, daß ein Fehlgreifen der Grundbuchbeamten in der Prüfung von Zustellungen an den Schuldner nicht zu besorgen ist. Der Entwurf würde, wenn er die Eintragung der Ueberweisung von der Zustellung des Beschlusses an den Eigenthümer abhängig machte, für die Ueberweisung ein neues, der C. P. O. völlig fremdes, mit dem § 294 nicht in Einklang stehendes Erforderniß aufstellen. Hierzu liegt aber ein triftiger Grund um so weniger vor, als die Zustellung auch an den Eigenthümer eine materielle Bedeutung für das Sachenrecht nicht haben würde. Daß der Eigenthümer von der Eintragung der Ueberweisung durch das Grundbuchamt in Kenntniß zu setzen ist, wird die Grundbuchordnung ergeben.

---

[1]) Vergl. die oben S. 707 angeführten Gesetze sowie die Ausführungsgesetze zur C. P. O. für Preußen § 16, Sachsen § 5, Weimar § 7, Altenburg § 11, Sondershausen § 6, Reuß ä. L. § 28, Oldenburg Art. 50, Hamburg § 17, Schaumburg-Lippe § 58.

[2]) Siehe die vorige Anm.

[3]) Coburg-Gotha § 10, Meiningen § 8, Reuß j. L. § 10, Rudolstadt § 9, Lippe § 9.

d) Vorgänge nach der Uebertragung.

§ 1089.

Schutz des dinglichen Anspruches

1. Gegenüber den §§ 1083—1088 erhebt sich die Frage, wie das Verhältniß der die Uebertragung der Forderungen regelnden §§ 293—310 zu den die Uebertragung der Hypothekenforderung betreffenden Vorschriften des Sachenrechtes aufzufassen ist. Im Allgemeinen kann es nicht zweifelhaft sein, daß, wenn lediglich die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, d. h. der dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehende persönliche Anspruch geltend gemacht wird, von den §§ 1086 und 1087 abgesehen, die §§ 293—310 maßgebend sind, daß dagegen, wenn der Anspruch aus der Hypothek gegen den Eigenthümer erhoben wird, die sachenrechtlichen Bestimmungen *vor* jenen Paragraphen des Rechtes der Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen müssen. Hinsichtlich der §§ 303—305 erscheint es jedoch rathsam, die hieraus zu ziehende Folgerung für den hypothekarischen Anspruch in dem Gesetzbuche auszusprechen.

gegen Vorgänge nach der Uebertragung.

Nach den gedachten Paragraphen wird der Schuldner durch die in denselben bezeichneten *nach* der Uebertragung eingetretenen Vorgänge, obschon diese an sich nur sein Verhältniß zu dem bisherigen Gläubiger betreffen, von der Schuld befreit, wenn ihm die Uebertragung dabei nicht bekannt gewesen ist. Es fragt sich, ob die in solcher Weise erfolgende Aufhebung der Forderung dem neuen Gläubiger auch dann entgegengesetzt werden kann, wenn derselbe nur sein dingliches Recht geltend macht. Die Bejahung dieser Frage vermag sich in Ansehung der §§ 303 und 304 nur auf die Erwägung zu stützen, daß der in der Billigkeit gegen den Schuldner beruhende Schutz, welchen dieselben gegen den persönlichen Anspruch des neuen Gläubigers gewähren, auch gegen den dinglichen Anspruch nicht versagt werden könne, weil der neue Gläubiger durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches gemäß § 1083 nur gegen die rechtlichen Folgen von Thatsachen, welche *vor* der Uebertragung sich ereignet haben, sichergestellt werden solle, gegen die Anwendung der §§ 303 und 304 aber durch sofortige Benachrichtigung des Schuldners von der Uebertragung sich zu schützen vermöge. Dieser Standpunkt erscheint jedoch mit dem Grundbuchsysteme, auf welchem der Entwurf beruht, nicht vereinbar. Es wäre ein innerer Widerspruch, die gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen gegen den neuen Gläubiger auszuschließen, wenn dieselben *vor* der Uebertragung entstanden, dagegen zuzulassen, wenn sie erst *nach* der Uebertragung zur Entstehung gelangt wären. Es gilt hier vorzugsweise das, was zur Kennzeichnung des Oeffentlichkeitsprinzipes bereits zu § 837 bemerkt wurde[1]). Dieses Prinzip bethätigt sich nicht allein in dem öffentlichen Glauben des Grundbuches, indem es dem Erwerber eines Rechtes an dem Grundstücke die Rechtsgültigkeit der Erwerbung gewährleistet, sondern auch darin, daß es demselben das erworbene Recht erhält. Jeder, welcher in Beziehung auf ein eingetragenes Recht ein Rechtsgeschäft vornimmt, muß das Buch vorher einsehen und, wenn er es unterläßt, sich so behandeln lassen, als

a) in den Fällen der §§ 303, 304.

durch die Oeffentlichkeit des Grundbuches.

[1]) Oben S. 212, 213.

habe er den Inhalt desselben gekannt. Der Entwurf spricht zwar den Grundsatz des geltenden Rechtes, daß Niemand mit der Unkenntniß dessen, was in dem Buche steht, sich entschuldigen könne[1]), in dieser Allgemeinheit nicht aus. Aber sein Schweigen hat nicht die Bedeutung, als solle der Grundsatz überhaupt nicht gelten, sondern nur die, daß es genügt, die Konsequenzen des Grundsatzes für die einzelnen Fälle zu ziehen, in welchen derselbe zutrifft. Ein solcher Fall aber ist hier gegeben. Die Rücksicht auf die dem Hypothekenverkehre unentbehrliche Rechtssicherheit nöthigt dazu, von dem Satze, daß nur der eingetragene Gläubiger über die Hypothek zu verfügen berechtigt ist[2]), zu Gunsten des Schuldners keine Ausnahme zu machen. Daher muß in Ansehung der Hypothek für die Fälle, in welchen die Wirksamkeit der Uebertragung gegen den Schuldner davon abhängt, daß dieser dieselbe kennt, unterstellt werden, er habe das Grundbuch eingesehen. Hieraus ergiebt sich dann, daß die §§ 303 und 304, wenn der Gläubiger nur sein dingliches Recht ausübt, nicht anwendbar sind.

b) im Falle des § 305.

Was dagegen den § 305 betrifft, so unterwirft derselbe den Vorschriften des § 304 den Fall, in welchem die bereits auf einen Anderen übertragene Forderung auf einen Dritten übertragen oder vielmehr der die Uebertragung an sich bewirkende oder feststellende, aber wegen der früheren Uebertragung unwirksame Akt vorgenommen ist. Dieser Fall aber hat für das Hypothekenrecht keine Bedeutung, da, wenn die Uebertragung in den Fällen der §§ 1087 und 1088 nur durch Eintragung in das Grundbuch sich vollendet, in diesen Fällen von einer zweiten Uebertragung überhaupt keine Rede sein kann. Ist freilich die Forderung kraft des Gesetzes auf einen Anderen übergegangen und hiernächst, bevor der Uebergang eingetragen worden, einem Dritten abgetreten oder an Zahlungsstatt überwiesen, so muß der Schuldner, der sich mit dem zur Eintragung gelangten Dritten einläßt, auch gegen den wahren Gläubiger geschützt werden. Allein in diesem übrigens nur sehr seltenen Falle gewährt das Sachenrecht durch die Vorschriften der §§ 837 und 1083 den gleichen Schutz wie das Recht der Schuldverhältnisse durch die Vorschriften des § 305. Eine Anwendung der letzteren gegenüber dem Anspruche aus der Hypothek ist daher kein Bedürfniß.

Die Frage, ob die §§ 303—305, wenn sie gegenüber diesem Anspruche nicht für unanwendbar erklärt würden, dennoch auf das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem bisherigen Gläubiger nicht angewendet werden könnten, ist nur von theoretischem Werthe. Für das praktische Bedürfniß kommt es nur darauf an, daß gegenüber dem dinglichen Anspruche des neuen Gläubigers jeder aus den gedachten Paragraphen hergeleitete Einwand ausgeschlossen wird. Dies aber stellt der § 1089 durch seine Fassung außer Zweifel.

Der persönliche Anspruch.

2. Wenn dagegen der persönliche Anspruch gegen den Schuldner erhoben wird, so kann dieser durch einen solchen Einwand sich schützen. Wollte man

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 4 § 19; bayr. Hypoth. Ges. § 25, bayr. Entw. III Art. 64; hamb. Ges. § 5.

[2]) Vergl. die §§ 828, 1087.

den §§ 303—305 die Anwendung auf die Uebertragung einer durch Hypothek gesicherten Forderung überhaupt versagen, um zu verhindern, daß beide auseinanderfallen, so würde dies zu weit gehen. Es wäre ein durch die Rücksicht auf den Realkredit nicht gerechtfertigter Bruch in das Obligationenrecht, wenn die Beschränkungen, welchen die Vertheidigung des Schuldners gegen den dinglichen Anspruch unterworfen wird, auf den Fall der Verfolgung des persönlichen Anspruches übertragen würden.

e) Uebertragung der Forderung wegen Zinsen und Kosten.

§ 1090.

Zinsenrückstände.

1. Bei verzinslichen Forderungen muß zwischen dem Rechte auf Verzinsung des Kapitales im Allgemeinen und dem Rechte auf rückständige Zinsen unterschieden werden. Das erstere steht zu der Hauptforderung in dem Verhältnisse eines Nebenrechtes, welches ganz das rechtliche Schicksal derselben theilt und folglich, wenn die Forderung übertragen wird, auf den neuen Gläubiger ohne Weiteres mitübergeht. Anders dagegen verhält es sich mit den rückständigen Zinsen. Das Recht auf die einzelne Zinsenrate löst sich mit deren Fälligkeit von dem Rechte auf das Kapital, so daß es für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bildet. Für die durch Hypothek gesicherten Forderungen muß daher hier die Frage aufgeworfen werden, wie die Uebertragung der Forderung wegen rückständiger Zinsen zu bewirken ist.

a) Die Anwendung des Eintragungsprinzipes auf die Uebertragung setzt nach § 828 voraus, daß das Recht, welches übertragen werden soll, durch das Grundbuch nachgewiesen wird. Bei der Hypothek wird gemäß § 1064 der Geldbetrag der Forderung, d. h. die Summe des Kapitales und, wenn die Forderung verzinslich ist, auch die Verzinslichkeit und der Zinssatz eingetragen. Dagegen giebt das Grundbuch über die einzelnen Raten, in welchen die Zinsen zu entrichten sind, keine Auskunft. Die Uebertragung der Forderung wegen rückständiger Zinsen kann daher nicht nach den Vorschriften des § 828, sondern nur nach den für die Uebertragung der Forderungen geltenden Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse bewirkt werden. Die Landesgesetze, und zwar auch diejenigen, welche die Uebertragung der Hypothek von der Eintragung abhängig machen, setzen dies als selbstverständlich voraus, weil das Grundbuch über die einzelnen Raten der Zinsen nicht geführt wird. Für den Entwurf bedarf es einer ausdrücklichen Vorschrift, um gegenüber dem Wortlaute der §§ 1087—1089 klarzustellen, daß in Ansehung rückständiger Zinsen die Uebertragung der Forderung auch insoweit, als die Hypothek in Betracht kommt, lediglich nach den Normen des Obligationenrechtes sich bestimmt. Mit Rücksicht auf den § 1089 muß in dem Gesetzbuche namentlich die Anwendung der §§ 303—305 auf die übertragene Zinsforderung hervorgehoben werden.

Nach d. Uebertragung fällig gewordene Zinsen.

In dieser Hinsicht besteht kein Zweifel, wenn es sich um Zinsen handelt, die bereits fällig waren, als die Forderung übertragen wurde. Dagegen fragt es sich, ob auch in Ansehung der erst nach der Uebertragung fällig gewordenen

Zinsen der dingliche Anspruch von dem Eigenthümer durch Berufung auf die §§ 303—305 abgewendet werden kann. Das Reichsgericht hat für das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc., nach dessen § 39 gegen die dingliche Klage auf Rückstände von Zinsen die Einrede der Tilgung unbeschränkt zulässig ist, das Verlangen des Beklagten, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegen den Anspruch auf erst nach der Uebertragung fällig gewordene Hypothekenzinsen zur Aufrechnung zu bringen, für unberechtigt erklärt, bezw. dem klagenden Zessionar hiergegen den Schutz zugestanden, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuches dem Erwerber eines eingetragenen Rechtes zu Theil werden läßt[1]). Für diese Auffassung hat man geltend gemacht, daß, da das Grundbuch die Verzinslichkeit der Forderung gewährleiste, das Gesetz dem Erwerber der Hypothek auch den Anspruch auf die zur Zeit der Erwerbung noch nicht fälligen Zinsen gewährleisten müsse, wenn nicht der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches durchbrochen und der Realkredit in Folge dessen empfindlich erschüttert werden solle. Für die Gegenmeinung spricht aber, daß, wenn der Gläubiger in der angedeuteten Weise begünstigt wird, der Schuldner bezw. der Eigenthümer, um sicher zu gehen, vor jeder Zinsenzahlung erst das Grundbuch einsehen, hieraus aber eine für den Verkehr unerträgliche Belästigung der Betheiligten sich ergeben muß. Indem der Entwurf die Anwendung der §§ 303—305 auch in dem Falle, wenn die Zinsen erst nach der Uebertragung fällig geworden sind, vorschreibt, geht er davon aus, daß der neue Gläubiger gegen die mögliche Gefährdung sich durch rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners zu schützen vermag, die Gefahr übrigens durchaus nicht so nahe liegt, daß es sich rechtfertigte, um ihr vorzubeugen, dem Hypothekenverkehre die Fessel anzulegen, von welcher die Vorschrift denselben freihalten will.

Die Vorschriften des § 837.

b) Die Unanwendbarkeit des § 837 auf die Forderung wegen rückständiger Zinsen folgt aus den vorstehenden Erörterungen; sie muß aber zur richtigen Begrenzung der Tragweite des § 1083 in dem Gesetzbuche ausgesprochen werden. Dagegen liegt keine Veranlassung vor, die §§ 826 und 838 hier auszuschließen vielmehr erscheint die Anwendung derselben auf die Zinsenforderung im Interesse der Betheiligten unerläßlich.

Kosten.

2. Ueber die Kosten, auf welche die Hypothek nach § 1066 sich erstreckt, wird das Grundbuch ebensowenig geführt wie über die Zinsen. Es rechtfertigt sich deshalb, in Ansehung der Uebertragung die für die Zinsen getroffenen Bestimmungen auch auf die Kosten anzuwenden. Von der Anwendung ausgeschlossen sind nur die §§ 826 und 838. Doch braucht dies in dem Gesetzbuche nicht gesagt zu werden, weil die Unanwenddarkeit beider Paragraphen sich von selbst daraus ergiebt, daß die Kosten in dem Grundbuche nicht erwähnt werden. Den Betheiligten ist freilich unbenommen, eine besondere Hypothek für die Kostenforderung in einem bestimmte Betrage zu bestellen. Allein dann ist der Fall des § 1090 überhaupt nicht gegeben.

---

[1]) Urth. d. R. G. II. Hülfssen. v. 28. März 1881, Entsch. in Civils. 4 S. 334. Gegen dieses Urth. der Aufsatz in Gruchot's Beitr. 26 S. 636.

6. Erlöschen der Hypothek.

Vorbemerkungen.

Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 57 und die Gesetze verschiedener anderer Staaten enthalten den Satz, daß die Hypothek nur durch Löschung im Grundbuche aufgehoben wird[1]). Nach dem sächs. G. B. §§ 450 ff. erlischt die Hypothek durch den Untergang des Grundstückes, auf welchem sie haftet, durch den Ablauf der Zeit, wenn sie nur auf Zeit bestellt ist, und durch Zwangsversteigerung des Grundstückes, in allen anderen Fällen dagegen nur durch Löschung der Forderung im Hypothekenbuche. Dasselbe gilt in Altenburg und Reuß und mit unbedeutenden Abweichungen auch in dem Großherzogthume Hessen[2]). Eine dritte Gruppe von Gesetzen verwerthet die Löschung nur als Mittel zur Veröffentlichung des Erlöschungsgrundes durch das Hypothekenbuch, so zwar, daß die Löschung im Wesentlichen nur zum Schutze des Eigenthümers gegen die Nachtheile dient, welche mit dem öffentlichen Glauben des Buches verbunden sind. Hierher gehören namentlich das bayr. Hypoth. Ges. §§ 71—85 und die Pfandgesetze für Württemberg Art. 123 ff. und Weimar §§ 157 ff. Löschung.

Die Bestimmung des preuß. Ges. wurde durch Berufung auf das bisherige Recht zu begründen versucht; man hielt es nach den Motiven nicht für angezeigt, „den Fundamentalsatz im Recht der öffentlichen Bücher aufzugeben, daß das eingetragene Recht nur und definitiv durch Löschung, den eigentlichen contrarius actus der Eintragung, aufhört“[3]). Es kann jedoch nicht zugegeben werden, daß dieser Satz bereits in dem A. L. R. zu finden oder aus dem Eintragungsprinzipe zu folgern wäre. Das preuß. Recht kennt verschiedene Fälle, in welchen das Erlöschen der Hypothek nicht von deren Löschung abhängig ist, so namentlich die Fälle des Unterganges der Forderung, wenn die Voraussetzungen der Eigenthümerhypothek nicht vorliegen[4]), der Zwangsversteigerung[5]), der Zwangsenteignung[6]) und der auflösend bedingten Hypothek, wenn die Bedingung eintritt[7]). Die Löschung scheint nur dann erforderlich zu sein, wenn die Hypothek auf rechtsgeschäftlichem Wege aufgehoben werden soll, also hauptsächlich in denjenigen Fällen,

---

[1]) Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc.; mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landgüter § 22 und revid. Stadtb. O. § 24; Grundb. Gesetze für Hamburg § 43 und Anhalt § 9; Hypoth. Ges. für Rudolstadt § 42. Wegen des franz. Hypothekenrechtes siehe Puchelt S. 275, 276.

[2]) Grundb. Gesetze für Altenburg §§ 102—129, Reuß ä. L. §§ 101—128 und j. L. §§ 99—129; hess. Pfandges. Art. 152 ff.

[3]) Werner, die preuß. Grundb.- und Hypoth. Ges. ꝛc. 2 S. 28.

[4]) A. L. R. I, 2 § 140, I, 16 § 8, I, 20 §§ 55, 520 und Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 63—66. Hierher gehört auch der Fall der Korrealhypothek, den dieses Gesetz in dem § 42 Abs. 2 entscheidet. Vergl. den vorliegenden Entwurf § 1078 Abs. 2.

[5]) Ges., betr. die Zwangsvollstr. ꝛc., v. 13. Juli 1883 § 22 Abs. 2.

[6]) Ges. v. 11. Juni 1874 § 45.

[7]) A. L. R. I, 4 §§ 114—116, I, 19 § 33; Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 11, 49.

in welchen sie dem Eigenthümer zusteht[1]). Aus dem A. L. R. I, 20 §§ 520 ff. ergab sich der Grundsatz, daß ein gegen den Gläubiger vorliegender Erlöschungsgrund vermöge des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches gegen Dritte erst mit der Löschung volle Wirksamkeit erlangte. Aber dieser Satz erleichterte die Vorstellung, daß die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigenthume des Grundstückes in derselben Person vereinigte oder der Eigenthümer den Gläubiger befriedigte, hierdurch nicht aufgehoben, sondern der Verfügungsmacht des Eigenthümers unterstellt würde. Seitdem die preuß. Gesetzgebung hieraus die Konsequenzen in dem § 52 des Anhanges zum A. L. R. und der Deklaration v. 3. April 1824 gezogen hat, ist in ihrem Bereiche die Eigenthümerhypothek zu einem wirthschaftlich nothwendigen Institute geworden. Für das Ges. über den Eigenthumserw. v. 5. Mai 1872 ist daher der Satz, daß die Hypothek nur durch Löschung aufgehoben wird, nicht als Grund, sondern als eine Folge der Anerkennung jenes Institutes zu betrachten und hiernach seine Tragweite zu bemessen.

Geht man davon aus, daß die Eintragungen in das Grundbuch formale Rechtskraft nicht haben[2]), so gestattet auch das Eintragungsprinzip in seiner Anwendung auf die Hypothek nicht den Schluß, daß diese nur durch Löschung untergehen könne. Vielmehr führt die in dem § 828 ausgesprochene Beschränkung des Eintragungsprinzipes auf Rechtsgeschäfte dazu, auch nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek von der Löschung abhängig zu machen. Jedenfalls erscheint es nicht angezeigt, in dem bürgerlichen Gesetzbuche eine allgemeine Regel für das Erlöschen des hypothekarischen Rechtes aufzustellen. Die Stellung des Entwurfes zu den einzelnen Erlöschungsgründen ist folgende:

Erlöschungsgründe:

a) Untergang des Grundstückes.

a) Eine Vorschrift, nach welcher mit dem Untergange des Grundstückes auch die an diesem bestellten Hypotheken erlöschen[3]), ist entbehrlich. In einer Vernichtung der auf dem Grundstücke errichteten Gebäude liegt nur eine thatsächliche Veränderung des Gegenstandes, welche den rechtlichen Bestand der Hypothek nicht berührt[4]). Wenn dagegen das Grundstück selbst, vielleicht durch die Gewalt des Wassers, durch Bergrutsch oder Erdbeben, vollständig von der Oberfläche verschwindet, so erledigen sich die dinglichen Rechte von selbst, gleichviel, ob das Gesetz dies ausspricht oder nicht. Schweigt das Gesetz, so ergiebt sich zugleich der Vortheil, daß auch der Fall, wenn das verschwundene Grundstück wieder erscheint, nicht geregelt zu werden braucht.

b) Zwangsversteigerung

b) Inwiefern die Zwangsversteigerung des Grundstückes die auf demselben haftenden Hypotheken beseitigt, hat das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu bestimmen[5]).

---

[1]) Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 57, 58, 63—66 in Verbindung mit der Grundb. O. § 94.

[2]) Oben S. 137—140.

[3]) A. L. R. I, 16 § 2; sächs. G. B. § 450; bayr. Hypoth. Ges. § 76.

[4]) Vergl. die §§ 783 ff. und den § 1071 des Entwurfes.

[5]) Anm. zur Ueberschrift des dritten Abschn. des Entwurfes.

c) Der Einfluß der Zwangsenteignung des Grundstückes auf die Hypotheken richtet sich nach den Landesgesetzen, da diesen die Regelung der Enteignung vorbehalten bleibt. Dasselbe gilt in Ansehung der agrarrechtlichen Prozeduren[1]). c) Enteignung

d) Dadurch, daß die Hypothek mit dem Eigenthume in derselben Person sich vereinigt, erlischt sie nach § 835 nicht. d) Vereinigung.

e) Die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft wird in dem § 1091 von der Löschung abhängig gemacht. e) Rechtsgeschäft.

f) Ist die Hypothek unter einer auflösenden Bedingung eingetragen, so erlischt sie gemäß §§ 129 und 130, wenn die Bedingung erfüllt wird. Dasselbe findet nach § 871 statt, wenn der Besteller der Hypothek das Eigenthum in Folge einer die Dauer desselben beschränkenden Bedingung verliert. f) Bedingung

g) Mit der unter einem Endtermine stehenden Hypothek verhält es sich nach §§ 142 und 871 ebenso wie mit der auflösend bedingten Hypothek. Diese Lösung entspricht dem bayr. Hypoth. Ges. § 72 und den Gesetzen, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg § 103, Reuß ä. L. § 101 und Reuß j. L. § 102. Nach den Gesetzen für Rudolstadt §§ 42, 43, Anhalt § 9 und Nassau § 39 begründet der Eintritt des Endtermines, welcher der Hypothek beigefügt ist, nur einen Titel zur Löschung. Nach dem preuß. A. L. R. I, 20 §§ 56 ff. und dem württemb. Pfandges. Art. 126, 127 ist zu unterscheiden, ob der Eigenthümer das Pfandrecht für eine eigene oder für eine fremde Schuld bestellt hat. In dem ersteren Falle gilt die Beifügung der Zeit im Zweifel als Bestimmung des Zahlungstermines. Das württemb. Gesetz gestattet indessen die Verabredung, daß durch den Zeitablauf das Pfandrecht selbst erlöschen solle, während nach dem preuß. A. L. R. eine solche Verabredung ohne Wirkung ist. Den zweiten Fall unterwirft das A. L. R. den Vorschriften über eine auf eine bestimmte Zeit übernommene Bürgschaft (I, 14 §§ 320 ff.). Eine solche Bürgschaft erlischt, „wenn der Gläubiger den Hauptschuldner nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf dieser Zeit belangt oder die Klage nicht fortgesetzt hat". In Württemberg hat der Gläubiger eine Frist von dreißig Tagen. Andere Gesetze haben die Unterscheidung, auf welcher die Regelung in Preußen und in Württemberg beruht, fallen lassen. So bestimmt das hess. Pfandges. Art. 147, daß das Pfandrecht mit dem Ablaufe der Zeit erlischt, wenn nicht innerhalb sechzig Tagen vorher die persönliche oder die hypothekarische Klage erhoben und die Erhebung der Klage im Hypothekenbuche vermerkt ist. Nach dem sächs. G. B. § 451 bewirkt der Zeitablauf das Erlöschen der Hypothek, „dafern nicht vorher Konkurs zum Vermögen des Eigenthümers des Grundstückes eröffnet, oder die Pfandklage bei Gericht angebracht, und eine die Konkurseröffnung oder die Anbringung der Klage betreffende Eintragung im Hypothekenbuche bewirkt worden ist. .... Die Verlängerung oder Erneuerung einer auf Zeit bestellten Hypothek gilt als Bestellung eines neuen Pfandrechtes und ist als solches einzutragen". g) Endtermin.

Die Schwierigkeiten, welche hiernach einer angemessenen Regelung der auf Zeit bestellten Hypothek entgegenstehen, sind im Wesentlichen dieselben,

[1]) Anm. zur Ueberschrift dieses Buches I d, f.

welche den Entwurf bestimmten, sich einer Regelung der auf Zeit eingegangenen Bürgschaft zu enthalten. Es kann daher hier bei den Vorschriften des allgemeinen Theiles über den Endtermin um so mehr belassen werden, als zeitlich begrenzten Hypotheken eine praktische Bedeutung von irgend welcher Erheblichkeit nicht beizumessen ist. Im einzelnen Falle wird es freilich mitunter fraglich sein, ob überhaupt ein reiner Endtermin in der Absicht der Betheiligten gelegen hat. Die erwähnten Gesetze enthalten zum Theil die Auslegungsregel, daß, wenn die Hypothek nur auf eine gewisse Zeit bestellt ist, doch davon ausgegangen werden müsse, daß nach der Absicht der Betheiligten die Hypothek mit dem Endtermine nicht erlöschen solle, sofern sie vor Eintritt desselben gerichtlich geltend gemacht werde. Ein Bedürfniß für eine derartige Auslegungsregel ist aber nicht anzuerkennen. Der Richter kann in jedem Falle, der zu seiner Entscheidung gelangt, den Sinn des dinglichen Vertrages feststellen. Ist dieser Sinn der, welchen jene Gesetze unterstellen, dann ist die Hypothek als unter einer auflösenden Bedingung eingetragen anzusehen und folglich bis zum Eintritte derselben auch gegen Dritte wirksam, ohne daß die Rechtshängigkeit einzutragen ist. Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches leidet hierunter nicht, da die Art der Eintragung jeden, der ein Interesse daran hat, darauf hinweist, die Auskunft darüber, ob die Bedingung eingetreten ist, außerhalb des Grundbuches zu suchen.

h) Ablauf einer gesetzlichen Frist.

h) Nach dem franz. G. B. Art. 2154 wird die Inskription einer Hypothek wirkungslos, wenn sie nicht vor Ablauf von zehn Jahren erneuert wird. In Baden, wo die Frist auf dreißig Jahre verlängert ist, wird in Gemäßheit des Gesetzes, die Vereinigung der Unterpfandbücher betr., v. 5. Juni 1860 die Hypothek erst nach fruchtlosem Aufrufe der betheiligten Gläubiger in dem Buche gestrichen. Nach dem Pfandgef. für Weimar § 186 verliert die Eintragung sowie die Vormerkung eines Pfandrechtes ihre Wirkung mit dem Ablaufe von 50 Jahren nach der Eintragung oder Vormerkung oder deren Erneuerung. Für das franz. Recht liegt der Grund der gedachten Vorschrift in der mangelhaften Einrichtung der Inskriptionsregister sowie in der Umständlichkeit und Kostspieligkeit des Löschungsverfahrens. Für den Entwurf trifft dieser Grund nicht zu, da das nach seinem Systeme angelegte Grundbuch die leichte und zuverlässige Auffindung jedes einzelnen Grundstückes und der Belastungen desselben gewährleistet und folglich nicht der Besorgniß Raum giebt, daß seine Führung durch Anhäufung alter Hypotheken erschwert werden möchte, die Löschung aber in einfacher Weise zu erlangen ist und die Kosten, welche sie verursacht, in keinem Verhältnisse stehen zu der Gefahr, welcher die Vorschrift des franz. Rechtes den Gläubiger aussetzt. In Weimar scheint nach § 188 a. a. O. die Frist die Bedeutung einer Verjährungsfrist zu haben. Die Hypothek des Entwurfes dagegen ist nach § 847 unverjährbar. Von einer zeitlichen Begrenzung der Hypothek durch das Gesetz muß demnach abgesehen werden.

i) Erlöschen der Forderung.

i) Das Erlöschen der Forderung bewirkt nach § 1092 den Untergang der Hypothek, welche für dieselbe bestellt ist. In Zusammenhang mit dieser Regel steht die Bestimmung des § 1093, daß die Hypothek auch dann erlischt, wenn der Eigenthümer eine dem Schuldner zustehende Einrede, durch

welche der persönliche Anspruch des Gläubigers dauernd ausgeschlossen wird, dem letzteren gegenüber geltend macht. Die Regel selbst aber erleidet eine erhebliche Einschränkung durch die Eigenthümerhypothek. Daß die Hypothek nicht erlischt, wenn sie mit dem Eigenthume des Grundstückes in derselben Person sich vereinigt, ergiebt sich bereits aus dem § 835. Kann aber einmal der Eigenthümer eine an seinem Grundstücke bestehende Hypothek erwerben, so nöthigt die hierfür in den Motiven des gedachten Paragraphen geltend gemachte Rücksicht auf den Realkredit dazu, ihn zu der Erwerbung auch dann zu verstatten, wenn er den Gläubiger befriedigt. Der Fall der eigentlichen Eigenthümerhypothek liegt indessen nur dann vor, wenn Schuld und Forderung in der Person des Eigenthümers zusammentreffen, bezw. der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer der Schuldner ist. In diesem Falle kommt es darauf an, den Konflikt zwischen dem Grundsatze der §§ 263 und 291, daß das Schuldverhältniß durch die Befriedigung des Gläubigers und die Vereinigung erlischt, und der Abhängigkeit der Hypothek von dem Bestehen eines solchen Verhältnisses zu lösen. Der Entwurf giebt diese Lösung dahin, daß er es bei den §§ 263 und 291 beläßt und dem Eigenthümer die Hypothek ohne Forderung zuschreibt, insoweit mithin auf die Durchführung der akzessorischen Natur des Pfandrechtes verzichtet. Von diesen Gesichtspunkten wird bei der Regelung der Eigenthümerhypothek in den §§ 1094—1101 ausgegangen. Eigenthümerhypothek.

Nach § 1102 kann an die Stelle einer erloschenen Hypothek eine andere nicht eingetragen werden.

Die §§ 1103—1105 betreffen das Aufgebot des Gläubigers, wenn derselbe unbekannt ist, sei es, daß die erloschene Hypothek gelöscht (§ 1103) oder die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer bewirkt werden soll (§ 1104). Aufgebot.

a) Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft.

§ 1091.

1. Der Entwurf stellt für die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft das Erforderniß der Löschung auf, weil sonst weder das berechtigte Interesse des Eigenthümers sich wahren noch die wünschenswerthe Uebereinstimmung mit den die Aufhebung der übrigen Rechte an Grundstücken regelnden Vorschriften sich erreichen lassen würde[1]). Während aber bei dem Vorkaufsrechte, dem Erbbaurechte, den Dienstbarkeiten und den Reallasten es zur Löschung genügend ist, daß der Berechtigte gegenüber (bezw. vor) dem Grundbuchamte erklärt, daß er das Recht aufgebe[2]), kann die Hypothek auf die einseitige Erklärung des Gläubigers nicht gelöscht werden, wenn man davon ausgeht, daß sie nicht nothwendig mit dem Rechte desselben erlischt. Vielmehr muß die Erklärung des Eigenthümers hinzukommen, weil diesem sonst die Möglichkeit entzogen würde, die Hypothek zu erwerben. Daß diese Erklärung von dem § 1091 in der Form des Antrages gefordert wird, entspricht den geschäftlichen Löschung. Löschungsantrag.

[1]) Wegen des geltenden Rechtes oben S. 715, 716.

[2]) §§ 960, 965, 977, 1015, 1021, 1048, 1061.

Gewohnheiten in dem größten Theile des Reiches und dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 sowie den gleichnamigen Gesetzen, welche für Oldenburg, Coburg-Gotha und andere Staaten erlassen sind[1]). Doch wird der Löschungsantrag des Eigenthümers in diesen Gesetzen gleichwie die Löschungsbewilligung des Gläubigers als ein einseitiger Akt behandelt. Aber er hat nicht blos die formelle Bedeutung, daß er die Thätigkeit des Grundbuchamtes bedingt, sondern zugleich die Natur eines wesentlichen in einer rechtsgeschäftlichen Erklärung bestehenden Erfordernisses der Löschung oder vielmehr der von dieser abhängigen Aufhebung der Hypothek. Verlangt man aber zwei Erklärungen, welche sich gegenseitig in ihrer Wirksamkeit bedingen, so erscheint es angemessen, dieselben nicht als einseitige Geschäfte, sondern als Bestandtheile eines dinglichen Vertrages zu fordern. Die Struktur des Gesetzbuches wird hierdurch erheblich vereinfacht, indem die Aufhebung der Hypothek denselben Vorschriften unterworfen wird wie die Begründung. (Abs. 1.)

Vertrag.

Steht die Hypothek dem Eigenthümer zu, so kann natürlich von einem Aufhebungsvertrage keine Rede sein. Der Löschungsantrag vertritt dann zugleich die Bewilligung des bisherigen Gläubigers und unterliegt ebenso wie diese den Bestimmungen der §§ 828—833. (Abs. 2, 3.)

Zinsen- und Kostenford.

2. Da das Grundbuch über die in dem § 1090 bezeichneten Zinsen- und Kostenforderungen nicht geführt wird, so kann die Aufhebung derselben von einer Löschung in dem Buche nicht abhängig gemacht werden[2]). Es muß vielmehr der auf die Aufhebung gerichtete Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer genügen. (Abs. 4.)

b) Erlöschen der Hypothek in Folge des Erlöschens der Forderung.

§ 1092.

Akzessorische Natur der Hypothek.

Verschiedene Gesetze ziehen aus der akzessorischen Natur der Hypothek im Einklange mit dem röm. Rechte die Folgerung, daß das dingliche Recht des Gläubigers aufhört, wenn die Forderung erlischt; so namentlich das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 55, 520, das franz. G. B. Art. 2180, das bayr. Hypoth. Ges. § 80[3]) und die Pfandgesetze für Württemberg Art. 123 und Weimar § 158. Der Entwurf spricht diese Folgerung in § 1092 als Regel aus, weist aber zugleich darauf hin, daß die Regel keine ausnahmslose ist. Die Ausnahmen sind eines Theiles mit der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die Forderung (§ 1083), anderen Theiles mit der Zulassung einer Eigenthümerhypothek (§§ 1094 ff.) gegeben. Die Regel selbst liegt in der Konsequenz des Standpunktes, auf welchem die §§ 1062, 1075 und 1086 beruhen. Es kann deshalb zu ihrer Rechtfertigung auf die Motive dieser Paragraphen Bezug genommen werden. Einige Punkte indessen bedürfen einer besonderen Betrachtung.

Erlöschungsgründe:

---

[1]) Vergl. das sächs. G. B. §§ 455, 463, v. Meibom, mecklenb. Hypoth. R. § 36 S. 279, v. Roth, deutsches Priv. R. § 322.

[2]) Vergl. die sächs. Verordn. v. 3. Januar 1865 § 160.

[3]) Bayr. Entw. III Art. 363 Ziff. 2.

1. Nach § 263 erlischt die Forderung, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird. Darauf, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter die Leistung bewirkt, kommt es hier, wo der Anspruch des Gläubigers auf Zahlung geht, gemäß § 227 nicht an. Erklärt indessen der Dritte dem Gläubiger, daß er in der Absicht leiste, die Forderung zu erwerben, so wird der Gläubiger durch die Annahme der Leistung zur Abtretung der Forderung an den Dritten verpflichtet. Leistet der Dritte in Ausübung des Ablösungsrechtes, so tritt nach § 1081 Abs. 2 die Abtretungspflicht des Gläubigers kraft des Gesetzes ein. Beruht die Forderung auf einem Gesammtschuldverhältnisse und hat ein Gesammtschuldner mehr als seinen Antheil geleistet, so kann er insoweit, als er von den übrigen Gesammtschuldnern Ersatz zu verlangen berechtigt ist, gemäß § 337 Abs. 2 die Rechte des Gläubigers geltend machen. Aehnlich verhält es sich nach § 676, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt. In allen sonstigen Fällen erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung und, wenn nicht eine der oben bezeichneten Ausnahmen vorliegt, auch die Hypothek. Daß dieses Ergebniß ein durchweg angemessenes ist, ersieht man am besten, wenn man die Auffassungen prüft, welche zu einer anderen Lösung führen. 1. Befriedigung des Gläubigers.

Abweichende Meinungen:

a) Nach einer Meinung soll der Gläubiger, wenn er von einem Anderen als dem Eigenthümer des Grundstückes befriedigt wird, hierdurch zur Uebertragung der Forderung bezw. der Hypothek verpflichtet, dabei aber, wenn die Forderung erlischt, die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt werden. Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch wäre jedoch in hohem Grade bedenklich. a) Uebertragungspflicht;

Unterstellt man den Fall, daß derjenige, welcher die Leistung bewirkt hat, nicht der Schuldner, sondern ein Dritter ist[1]), so ergiebt sich schon aus den oben angedeuteten Grundsätzen der Vertragslehre, daß der Dritte, sofern er in der wenn auch nur stillschweigend dem Gläubiger erklärten Absicht, die Hypothekenforderung zu erwerben, denselben befriedigte, berechtigt ist, die Abtretung zu verlangen. Ist dagegen eine solche Absicht nicht geäußert und also anzunehmen, daß der Dritte lediglich die Verbindlichkeit des Schuldners hat erfüllen wollen, so ist die Forderung erloschen, und von einer Uebertragungspflicht des gewesenen Gläubigers kann keine Rede sein. Unterstellt man aber den Fall, daß der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, so ist die Erwerbung der Forderung seinerseits begriffsmäßig ausgeschlossen, und ein Grund, den Gläubiger zur Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung zu verpflichten oder dem Schuldner die Erwerbung einer Grundschuld zu ermöglichen, liegt nicht vor. Die wirthschaftlichen Rücksichten, welche zur Anerkennung der Eigenthümerhypothek nöthigen, lassen zu Gunsten des Schuldners, welcher nicht der Eigenthümer ist, sich nicht geltend machen. Wohl aber würde es zu großen Unzuträglichkeiten und Unbilligkeiten führen, wenn der Schuldner, der dem Eigenthümer gegenüber zur Tilgung der Schuld verpflichtet gewesen, in der Lage wäre, durch die Tilgung die Hypothek zu erwerben.

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 46—51.

Nun könnte man, um die Analogie der Eigenthümerhypothek heranzuziehen, anstatt der Abtretungspflicht des befriedigten Gläubigers den Uebergang kraft des Gesetzes eintreten lassen. Allein hierdurch würden nicht nur die erhobenen Bedenken nicht entkräftet, sondern obendrein dem nach § 1087 für die Uebertragung geltenden Erfordernisse der Eintragung das Gebiet der praktischen Anwendung zum großen Theile entzogen werden.

b) hypothekarische Sukzession;

b) Eine andere Meinung will den vorstehend gewürdigten Gedanken wenigstens für gewisse besondere Fälle verwerthen.

a. Nach gemeinem Rechte findet eine hypothekarische Sukzession statt, wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten, welcher den Gläubiger befriedigt, der Uebergang der Hypothek auf den Dritten verabredet ist. Auch in dem preuß. A. L. R. I, 11 § 441, I, 20 §§ 48—51 und in den mehrerwähnten Hypothekengesetzen für Bayern, Württemberg, Hessen, Mecklenburg, Weimar, Altenburg und Reuß wird dieser Fall, wenn auch verschieden und mehr oder weniger abweichend von dem röm. Rechte, behandelt[1]). Nach dem sächs. G. B. §§ 445 und 448 hat der Gläubiger, wenn der Dritte ihn mit Einwilligung des Pfandschuldners befriedigt hat, die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Dritten zu bewilligen.

Vom Standpunkte des Entwurfes ist eine Bestimmung im Sinne der einen oder des anderen der gedachten Gesetze entbehrlich, da der Zweck, welchen dieselben dabei verfolgen, ohne Weiterungen dadurch erreicht werden kann, daß der Dritte sich von dem Gläubiger die Forderung übertragen, d. h. die Eintragung derselben auf seinen Namen sich bewilligen läßt, die Möglichkeit aber, daß der Gläubiger die Abgabe der erforderlichen Erklärung verweigert, zu fern liegt, als daß es sich rechtfertigte, dieserhalb eine positive Vorschrift zu geben.

β. Ein zweiter Fall ist der, daß der dem Hypothekengläubiger persönlich verhaftete Veräußerer des Grundstückes, obschon der Erwerber die Hypothekenschuld übernommen hat, von seiner Verbindlichkeit nicht frei geworden, sondern in die Lage gekommen ist, den Gläubiger zu befriedigen. In diesem Falle soll der Schuldner die gegen ihn bestehende Forderung erwerben und der bisherige Gläubiger verpflichtet sein, die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Erwerbers zu bewilligen. Das sächs. Recht enthält allerdings eine derartige Lösung[2]). Allein die große Anomalie, welche in derselben liegt, ist unverkennbar. Die Forderung erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers. Wollte man die Hypothek für den gewesenen Schuldner aufrechterhalten, so wäre dies so denkbar, daß die Hypothek entweder auf die Regreßforderung desselben gegen den Eigenthümer übertragen oder als Grundschuld behandelt würde. Aus dem Rechtsverhältnisse aber, welches zwischen den beiden Betheiligten bestanden hat, läßt sich weder das Eine noch das Andere rechtfertigen. Der in den Motiven des sächs. G. B. § 441 angeführte Grund, daß der Eigenthümer sich mit dem

---

[1]) v. Roth, die hypoth. Sukzession ꝛc., im Archiv für die civil. Praxis Bd. 62 S. 1 ff., Separatabdr. S. 13—15.

[2]) Sächs. Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 § 99 und sächs. G. B. § 441.

Betrage der Leistung des Schuldners an den Gläubiger bereichern würde, wenn dieser seine Rechte nicht auf jenen übertrüge, erscheint nicht zutreffend. Der Eigenthümer haftet auf Grund des Uebernahmevertrages dem gewesenen Schuldner, ohne zur Sicherstellung der Regreßforderung verpflichtet zu sein. Die vermeintliche Billigkeit gegen den gewesenen Schuldner könnte überdies zu einer Unbilligkeit gegen den gewesenen Gläubiger führen, weil letzterer in die mißliche Lage käme, das Verhältniß zwischen dem ersteren und dem Eigenthümer zu prüfen und, wenn er hierin fehlgriffe, sich verantwortlich zu machen.

c) Eine weitere Meinung hält zwar an dem Erlöschen der Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers fest, knüpft aber hieran nicht den Untergang der Hypothek, sondern giebt dem Eigenthümer und den sonstigen Betheiligten einen Anspruch auf Aufhebung der Hypothek gegen den befriedigten Gläubiger, schwächt mithin die Hypothek zu einem inhaltslosen Rechte ab, einem Rechte, welches die Funktionen, zu deren Erfüllung es bestimmt ist, nicht mehr erfüllen kann und soll. Die Anerkennung eines solchen Rechtes indessen ist schon an sich höchst mißlich, hier aber um so weniger angemessen, als sie, lediglich um das Eintragungsprinzip für die Aufhebung der Hypothek zu retten, das Prinzip der akzessorischen Natur dieses Rechtes verletzt. Bleibt man einmal dabei, daß die Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt, so ist es sachgemäßer, auch den akzessorischen Karakter der Hypothek zu wahren, also zugleich mit der Forderung das dingliche Recht erlöschen zu lassen. Dann ist die Folge die, daß das Grundbuch dadurch, daß es die Hypothekenforderung noch als fortbestehend ausweist, unrichtig wird und seine Richtigstellung nach Maßgabe des § 843 auf Verlangen des Eigenthümers oder eines gleich- oder nachstehenden Berechtigten von dem gewesenen Gläubiger bewilligt werden muß. c) Anspruch auf Aufhebung der Hypothek;

d) Eine letzte Meinung, die hier einschlägt, geht davon aus, daß die Hypothek begriffsmäßig dasselbe Recht sei wie die Grundschuld, und gelangt von diesem Ausgangspunkte zu dem Schlusse, daß in jeder Hypothekenbestellung die Bestellung einer Grundschuld für den Fall des Erlöschens der Forderung enthalten sei, mit dem Eintritte dieses Falles daher die Hypothek als Grundschuld dem Eigenthümer zustehe. Dieser Standpunkt ist jedoch nicht vereinbar mit der den §§ 1062, 1075 zu Grunde liegenden Auffassung, daß die Hypothek ein akzessorisches Recht in dem hergebrachten Sinne, die Forderung mithin nicht Bedingung, sondern Begriffselement des dinglichen Rechtes ist. Es kann sich nur fragen, ob es zweckmäßig erscheint, die Hypothek durch positive Bestimmung nicht blos, wenn der Eigenthümer, sondern auch dann, wenn ein Dritter den Gläubiger befriedigt hat, als Grundschuld zur Verfügung des Eigenthümers zu stellen. Diese Frage aber muß verneint werden, da an sich kein Grund vorhanden ist, die Aufwendung, welche der Dritte aus seinem Vermögen macht, lediglich dem Eigenthümer zu Gute kommen zu lassen, und da in denjenigen Fällen, in welchen die Absicht des Dritten in der That hierauf gerichtet ist, diese Absicht dadurch erreicht werden kann, daß der Gläubiger gegen Empfang des ihm geschuldeten Betrages die Forderung bezw. die Hypothek an den Eigenthümer abtritt. Auch würde, wenn man sich d) Umwandelung der Hypoth. in eine Eigenthümergrundschuld;

für den Uebergang des Rechtes auf den Eigenthümer entschiede, im Falle der Haftung mehrerer nicht derselben Person gehörender Grundstücke es sich fragen welcher der verschiedenen Eigenthümer das Recht erwerben solle. Die Lösung, daß die Hypothek an jedem einzelnen Grundstücke durch die Befriedigung des Gläubigers als besondere Grundschuld auf den Eigenthümer übergehe, so daß so viele Grundschulden als Grundstücke entständen, mag allerdings aus der Theorie sich ergeben, nach welcher das Pfandrecht ein Recht an bestimmten Werthparzellen des Grundstückes ist; sie erscheint aber für den Entwurf nicht annehmbar, da sie, abgesehen von den Bedenken, welche gegen diese Theorie sich erheben lassen, mit der in dem § 1078 zum Ausdrucke gelangten Auffassung der Korrealhypothek nicht harmoniren würde. Es wären daher zur Entscheidung der Frage besondere Vorschriften nöthig, deren Inhalt rein willkürlich sein und deshalb den sich widerstreitenden Interessen nicht gerecht werden würde.

2. Vergleich, Erlaß ꝛc.

2. Die Regel des § 1092 findet auch dann Anwendung, wenn die Forderung durch Vergleich, Erlaß ꝛc. aufgehoben wird, oder wenn sie durch ihre Vereinigung mit der Schuld in derselben Person erlischt, das Grundstück aber in dem Eigenthume eines Dritten steht. Der Hauptfall der Vereinigung ist der, daß der Gläubiger von dem Schuldner oder dieser von jenem beerbt wird. Die Hypothek muß mit der Forderung auch dann erlöschen, wenn der Eigenthümer verpflichtet war, den Schuldner von der Schuld zu befreien. Eine Unbilligkeit gegen den Erben liegt hierin nicht, da der Erbe gegen den Eigenthümer die Regreßforderung in gleicher Weise hat wie in dem oben unter β. entschiedenen Falle. Die Entscheidung ist aber hier um so mehr gerechtfertigt, als die Aufrechterhaltung der Hypothek in der Hand des Erben die Billigkeit gegen den Eigenthümer verletzen würde, wenn dieser berechtigt war, von dem Schuldner die Befriedigung des Gläubigers zu verlangen.

c) Erlöschen der Hypothek in Folge einer Einrede gegen die Forderung.

§ 1093.

Der Eigenthümer kann nach näherer Bestimmung des § 1084 Abs. 3 dem Anspruche des Gläubigers aus der Hypothek auch die dem Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden entgegensetzen. Ist die Einrede von der Beschaffenheit, daß durch sie die Geltendmachung des persönlichen Anspruches dauernd ausgeschlossen wird, so ist die Forderung und folglich auch die Hypothek ein inhaltsloses Recht, an dessen formaler Aufrechterhaltung der Gläubiger ein berechtigtes Interesse nicht haben kann. Der Eigenthümer aber wird dadurch, daß das Grundbuch die Hypothek als fortbestehend bezeichnet, empfindlich getroffen, weil diese Thatsache ihn hindert, den Realkredit, welchen ihm das Grundstück ohne die inhaltslose Belastung gewähren würde, in vollem Umfange auszunutzen. Das Gesetz darf daher bei der Bestimmung des § 1084 Abs. 3 nicht stehen bleiben, sondern muß das durch dieselbe dem Eigenthümer zugestandene Recht mit der Wirkung gegen den Gläubiger ausstatten, daß der Eigenthümer in der Lage ist, die Hypothek zur Löschung zu bringen. Hierfür

bieten sich zwei Wege. Das Gesetz kann den Gläubiger zur Aufhebung der Hypothek verpflichten; es kann aber auch an die Erklärung des Eigenthümers, daß er die Einrede gegen die Forderung geltend mache, das Erlöschen des dinglichen Rechtes knüpfen. Der erstere Weg hat das Bedenken gegen sich, daß er das Ziel verfehlt, wenn der Gläubiger in Konkurs geräth. Der andere ist frei von diesem Bedenken; die Lösung, zu welcher er führt, ist ohnehin einfacher und mehr dem Gedanken entsprechend, auf welchem die Vorschriften des § 737 Abs. 2 und des § 1084 Abs. 3 beruhen. Die Bedeutung dieser Lösung ist nach § 1093 die, daß, sobald der Eigenthümer jene Erklärung dem Gläubiger gegenüber abgegeben hat, das Grundbuch in Ansehung der Hypothek unrichtig wird und der Eigenthümer sowie die sonstigen Betheiligten nach Maßgabe des § 843 den dinglichen Anspruch auf Löschung gegen den gewesenen Gläubiger erlangen.

d) Aufrechterhaltung der Hypothek in der Hand des Eigenthümers; Eigenthümerhypothek.

a. Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer.

§ 1094.

Geltendes Recht.

I. Der Grundsatz, daß mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung erlischt, und die hieran in dem § 1092 geknüpfte Folgerung, daß mit der Forderung zugleich die Hypothek untergeht, erleiden eine wesentliche Modifikation, wenn der Eigenthümer des Grundstückes den Gläubiger befriedigt. Nachdem der § 52 des Anhanges zum preuß. A. L. R. die Aufhebung der Hypothek im Falle der Vereinigung derselben mit dem Eigenthume des Grundstückes in der nämlichen Person ausgeschlossen hatte, bestimmte die Deklaration v. 3. April 1824, „daß der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt, und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll". Das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 hat hieran grundsätzlich nichts geändert; es unterscheidet namentlich nicht, ob der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer zugleich der Schuldner ist oder nicht. Nach dem § 63 dieses Gesetzes ist „der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten", und der § 64 erklärt den Eigenthümer für berechtigt, „auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen". Beide Bestimmungen sind in die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. übergegangen.

Das sächs. Ges., die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., v. 6. November 1843 schrieb unter § 117 dem Eigenthümer, der den Gläubiger befriedigte, das Recht auf Abtretung der Forderung zu. Auf demselben Standpunkte stehen die diesem Gesetze nachgebildeten Gesetze für Altenburg § 119 und Reuß ä. und j. L. § 118, sowie das anhalt. Grundb. Ges. v. 11. März 1877 § 9. Nach dem sächs. G. B. § 442 kann der Eigenthümer in

dem unterstellten Falle, „selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, daß die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen in dem Hypothekenbuche umgeschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten".

In Mecklenburg und den freien Städten Lübeck und Hamburg wird die Hypothek von dem Eigenthümer nicht anders als von einem Dritten erworben. Durch die Befriedigung des Gläubigers erlangt der Eigenthümer gegen denselben nur einen Anspruch, der nach mecklenb. Rechte auf Abtretung der Hypothek, nach dem Rechte der freien Städte auf Bewilligung der Umschreibung des Postens nach Anweisung des Eigenthümers gerichtet ist[1]). Hierbei ist aber daran zu erinnern, daß die bezüglichen Vorschriften eine selbständige Hypothek zur Voraussetzung haben.

Das bayr. Hypoth. Ges. § 58 und die Pfandgesetze für Württemberg Art. 108, 120, Weimar § 79 und Hessen Art. 142 erkennen im Einklange mit dem röm. Rechte die Erwerbung einer Hypothek an der eigenen Sache nur an, wenn der Eigenthümer nicht der Schuldner ist. Während aber das röm. Recht den Gläubiger nur zur Abtretung der Pfandforderung an den Eigenthümer, welcher die Befriedigung bewirkt hat, zu verpflichten scheint[2]), lassen jene Gesetze schon durch die Thatsache der Befriedigung die Forderung mit der Hypothek auf den Eigenthümer übergehen.

Standpunkt des Entw.

II. Wie bereits bei der Begründung des § 835 dargelegt wurde[3]), nöthigt die Rücksicht auf den Realkredit dazu, die Erwerbung der an einem Grundstücke bestehenden Hypothek auch dem Eigenthümer desselben zu ermöglichen. Ein praktisches Bedürfniß hierfür ist, wie schon die mitgetheilten Bestimmungen des geltenden Rechtes ergeben, namentlich dann vorhanden, wenn der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt. In diesem Falle darf daher die Hypothek nicht erlöschen. Der § 1094 spricht das Nichterlöschen ausdrücklich aus, um hierdurch eine feste Grundlage für die weitere Regelung zu schaffen. (Abs. 1.)

Die Hauptschwierigkeit, auf welche diese Regelung stößt, liegt auf Seiten der Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. Der Entwurf setzt

Gültigkeit der Forderung.

nicht blos in dem § 1092, sondern auch in dem § 1094 eine gültige Forderung voraus. Fehlt es an einer solchen, so ist nach § 1062 auch eine Hypothek, obschon eine solche eingetragen ist, nicht entstanden, und es kann weder von einem Erlöschen des dinglichen Rechtes noch von einer Erwerbung desselben seitens des Eigenthümers die Rede sein[4]); vielmehr ist das Grundbuch, soweit es die Hypothek als bestehend nachweist, von vornherein unrichtig, und seine Richtig-

---

[1]) Mecklenb. revid. Hypoth. O. für Landgüter § 16, 17 und revid. Stadtb. O. § 21 in Verb. mit der Verord. v. 21. März 1859; lüb. Ges. v. 22. Juli 1868 § 3 und v. 15. Juli 1872 § 4; hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 §§ 28, 35, 36, 42.

[2]) L. 19 D. qui pot. 20, 4. Siehe aber auch l. 27 D. de leg. 30 und Windscheid § 233a Note 1.

[3]) Oben S. 203.

[4]) Erk. des vormal. preuß. Ob. Trib. v. 12. Mai 1876, Entsch. 77 S. 164; Urth. d. R. G. v. 17. Dezember 1880, Entsch. in Civils. 3 S. 269.

stellung kann nach Maßgabe des § 843 von jedem verlangt werden, dessen Recht durch die unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird.

Ist dagegen die Forderung und mit ihr auch die Hypothek gültig, so kommt es darauf an, ob der Eigenthümer, welcher den Gläubiger befriedigt, zugleich der Schuldner ist oder nicht.

1. Der Fall, wenn der Eigenthümer nicht der Schuldner ist, macht verhältnißmäßig wenig Schwierigkeiten. 1. Der Eig. ist nicht der Schuldner.

a) Der Grundsatz, daß die Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers aufgehoben wird, darf in diesem Falle nicht Platz greifen, da der Eigenthümer, welcher die Leistung bewirkt, regelmäßig hierdurch nicht sowohl die Schuld zu tilgen als vielmehr das Gläubigerrecht zu erwerben beabsichtigt. Er steht ähnlich dem Bürgen, durch dessen Leistung an den Gläubiger die Forderung nicht untergeht. (Abs. 2.) a) Erhaltung der Ford.

b) Fraglich kann nur sein, durch welche Thatsache der Eigenthümer die Hypothekenforderung erwerben soll. b) Uebergang auf den Eig. mit der Befried. des Gl.

Wollte man den Uebergang von einer Abtretung des befriedigten Gläubigers und also auch von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machen, so würde dies allerdings mit den Vorschriften der §§ 1086 und 1087 über die rechtsgeschäftliche Uebertragung in Einklang stehen. Aber der Eigenthümer würde dann durch die Befriedigung des Gläubigers auch nur den obligatorischen Anspruch gegen denselben erlangen, daß die Eintragung der Uebertragung bewilligt werde, und dieser Anspruch könnte, wenn vor der Eintragung die Forderung von dem befriedigten Gläubiger oder im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben auf einen Dritten übertragen würde, gegen den Dritten überhaupt nicht und, wenn inzwischen der befriedigte Gläubiger in Konkurs geriethe, gegen die Konkursgläubiger nur auf Entschädigung gerichtet werden. Dieses Ergebniß mag auch der Auffassung entsprechen, daß der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, um die Forderung zu erwerben. Der Billigkeit gegen den Eigenthümer aber entspricht es nicht. Das Gesetz könnte freilich dem Eigenthümer dadurch gerecht werden, daß es den Anspruch desselben auf Uebertragung gegen den Dritten, wenn diesem die Befriedigung des Gläubigers bei der Erwerbung bekannt gewesen wäre, und auch gegen die Konkursgläubiger zuließe. Allein eine solche Lösung wäre wenig angemessen, weil sie nicht blos höchst umständlich sein, sondern mit dem gegen Dritte und im Konkurse wirksamen Anspruche zugleich eine dem Entwurfe sonst fremde Kategorie von Ansprüchen in das System des Sachenrechtes einführen und obendrein das in der Konk. O. § 2 ausgesprochene Prinzip der gleichmäßigen Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners verletzen würde.

Wird dagegen mit dem § 1094 Abs. 4 vorgeschrieben, daß die Hypothekenforderung kraft des Gesetzes auf den Eigenthümer übertragen wird, so werden die gedachten Unzuträglichkeiten vermieden. Es bedarf dann keiner besonderen Vorschriften zum Schutze des Eigenthümers. Weigert sich der befriedigte Gläubiger, die Eintragung des Ueberganges zu bewilligen, so kann der Eigenthümer, um sich gegen Verfügungen zu Gunsten Dritter zu sichern, eine Vormerkung gemäß § 844 in das Grundbuch eintragen lassen; der ihm nach § 843 zustehende Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches findet im Falle

des Konkurses in Gemäßheit der Konk. O. § 35 zweifellos auch gegen die Konkursmasse statt. Der Uebergang der Forderung kraft des Gesetzes entspricht überdies der Regelung des analogen Verhältnisses der Bürgschaft in dem § 676 des Entwurfes. Daß er zugleich die Uebertragung der Hypothek auf den Eigenthümer vermitteln muß, ist eine nicht abzuweisende Konsequenz des Grundsatzes, welcher in dem § 1086 zur Anerkennung gelangt ist.

2. Der Eig. ist der Schuldner.

2. Der Fall, wenn der Eigenthümer der Schuldner ist, stellt die Voraussetzung der eigentlichen Eigenthümerhypothek dar. Auch hier fragt es sich, was der Eigenthümer, der den Gläubiger befriedigt, erwerben, und an welche Thatsache die Erwerbung sich knüpfen soll.

Erlöschen der Forderung.

a) In Ansehung des Gegenstandes der Erwerbung kommen für den Gesetzgeber drei verschiedene Auffassungen in Betracht.

α. Nach der einen Auffassung soll der Eigenthümer nicht blos die Hypothek, sondern auch die durch dieselbe gesicherte Forderung erwerben, so zwar, daß die Forderung nur so lange ruht, als sie mit der Schuld in seiner Person vereinigt ist. Für das preuß. Recht hat diese Auffassung in der Praxis des vormaligen Obertribunales zu Berlin vorgeherrscht[1]) und auch die Billigung des Reichsgerichtes gefunden[2]). Sie ist aber eine höchst künstliche, indem sie, blos um die akzessorische Natur der Hypothek zu wahren, den Grundsatz des Obligationenrechtes durchbricht, daß das Schuldverhältniß vollständig erlöschen muß, sowohl wenn der Gläubiger von seinem Schuldner befriedigt wird, als auch wenn Forderung und Schuld in derselben Person sich vereinigen[3]). Sie führt gerade wegen ihrer Künstlichkeit zu manchen Zweifeln, welche das Gesetz nicht zu lösen vermag, aber auch zu praktisch unbefriedigenden Ergebnissen, wenn der Eigenthümer Einreden gegen die Forderung hatte. In Preußen mag man freilich auf Grund des A. L. R. I, 11 § 412 zu der Annahme gelangen können, daß die Einwendungen des Eigenthümers durch die Befriedigung des Gläubigers bezw. durch die Weiterübertragung erlöschen. Allein ob diese Auffassung auch nach dem vorliegenden Entwurfe sich rechtfertigen würde, ist mindestens zweifelhaft. Jedenfalls versagt sie, wenn die Forderung durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen wird.

β. Die zweite Auffassung giebt den Grundsatz der akzessorischen Natur der Hypothek auf, indem sie dem Eigenthümer das Recht zugestehen will, entweder die Hypothek mit dem bisherigen Range auf eine andere als die durch die Befriedigung des Gläubigers erloschene Forderung von gleichem Umfange zu übertragen oder an Stelle der Hypothek eine Grundschuld eintragen zu lassen. Soweit diese Lösung die Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld gestattet, wird ihr durch den § 1144 Rechnung getragen. Im

---

[1]) Plenarbeschl. v. 27. Mai 1839, Entsch. 5 S. 51, und Erk. v. 5. Oktober 1877, ebenda 81 S. 31.

[2]) Urtheil v. 21. April 1880, Entsch. in Civils. 2 S. 206, v. 17. Dezember 1880, ebenda 3 S. 267, v. 10. Oktober 1881, ebenda 5 S. 323, und v. 9. Mai 1883, Gruchot, Beitr. 27 S. 1039.

[3]) §§ 263, 291.

Uebrigen aber ist sie für den Entwurf schon um deswillen nicht annehmbar, weil die Hypothek durch den Wechsel der Forderung einen wesentlich anderen Inhalt bekommen würde, hierdurch aber die ihr im Range nachstehenden Rechte an dem Grundstücke empfindlich beeinträchtigt werden könnten[1]). Im Grunde enthält das Zugeständniß jenes Rechtes an den Eigenthümer die Anerkennung einer besonderen, auf der sog. Werththeorie beruhenden Rechtseinrichtung des Stellenvorbehaltes, welche ganz abgesehen von den Schwächen, an welchen diese Theorie leidet, zu der Gestaltung der Hypothek in dem Entwurfe nicht passen würde[2]).

γ. Nach der dritten Auffassung kann, wenn der Schuldner den Gläubiger befriedigt, die Forderung nicht bestehen bleiben, für den Eigenthümer mithin, wenn dieser der Schuldner war, nur die Hypothek erhalten werden. Hiermit wird allerdings eine Hypothek ohne Forderung anerkannt und insoweit die akzessorische Natur des zur Sicherung der letzteren begründeten Rechtes verneint. Allein diese Lösung hat nichts Anstößiges für ein Gesetz, welches die Einrede, daß die Forderung erloschen sei, gegen den dinglichen Anspruch eines durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches gedeckten Erwerbers der Post versagt und außerdem in der Grundschuld eine völlig selbständige Kapitalbelastung der Grundstücke zuläßt. Der Entwurf trägt deshalb kein Bedenken, auf dieser Grundlage die Eigenthümerhypothek zu regeln, zumal eine solche Regelung nicht allein die Konstruktionsschwierigkeiten hebt, welche nach dem bisherigen Rechte bestanden, sondern auch ein praktisch brauchbares Ergebniß liefert. Nun scheint es nahe zu liegen, die von dem Eigenthümer erworbene Hypothek zur Vereinfachung des Gesetzes den Vorschriften über die Grundschuld zu unterstellen. In Wirklichkeit indessen würde man hierdurch der Eigenartigkeit des Verhältnisses nicht gerecht werden. Die Eigenthümerhypothek ist unbestreitbar in verschiedenen Punkten wie eine Grundschuld zu behandeln. Immerhin aber vermag sie ihren Ursprung nicht völlig zu verleugnen; sie bleibt Hypothek, wenn auch mit der besonderen Qualifikation, daß gegen ihre Geltendmachung die Einrede, die Forderung sei erloschen, ausgeschlossen ist. Der Entwurf zieht es deshalb vor, die Eigenthümerhypothek besonders zu regeln.

Uebergang der Hypoth. auf den Eigenthümer

An dieser Stelle ist vorzuschreiben, daß der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer, welcher zugleich der Schuldner ist, nur die Hypothek erwirbt. Die weitere Vorschrift, daß die Eigenthümerhypothek auch auf das mithelastete Grundstück eines Dritten sich erstreckt, dient dazu, der Eigenthümerhypothek die Lebensfähigkeit in denjenigen Gebieten zu sichern, in welchen die Verpfändung mehrerer Grundstücke für dieselbe Forderung üblich ist. Die Erstreckung ist vielleicht eine nothwendige Konsequenz aus dem Wesen der Eigenthümerhypothek. Bei der Neuheit dieses Rechtsinstitutes in großen Gebieten des Reiches erscheint es indessen rathsam, sie in dem Gesetzbuche auszusprechen. (Abs. 3.)

mit der Befriedigung des Gläub.

b) Bei Entscheidung der Frage, an welche Thatsache sich die Erwerbung knüpfen soll, empfiehlt es sich nicht, um deswillen, weil hier nur die

---

[1]) Vergl. oben S. 230.

[2]) Vergl. oben S. 723 und den § 1102.

Hypothek erworben werden kann, von der unter Ziff. 1b gerechtfertigten Bestimmung abzuweichen. In dem geltenden Rechte überwiegt die Auffassung, daß es einer Abtretung der Hypothek an den Eigenthümer nicht bedarf, der Rechtsübergang vielmehr eine unmittelbare Folge der Befriedigung des Gläubigers ist. Diese Lösung gewährt den Vortheil, daß sie die Frage, wem das für den Gläubiger erledigte Recht in der Zeit bis zur Eintragung der Uebertragung zustehen soll, abschneidet und, wenn der befriedigte Gläubiger in der Zwischenzeit zu Gunsten eines Dritten verfügt, dem Eigenthümer den Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches wenigstens dann auch gegen den Dritten giebt, wenn dieser vor seiner Eintragung Kenntniß von der Befriedigung des bisherigen Gläubigers erlangt hat. Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß das Grundbuch darüber, ob der Eigenthümer zugleich der Schuldner ist, häufig keine Nachricht enthält und folglich, wenn das Gesetz für diesen Fall eine Abtretung an den Schuldner forderte, derjenige, welcher beim Mangel einer solchen die Hypothek von dem Eigenthümer sich übertragen ließe, Gefahr liefe, hierdurch nicht zu dem beabsichtigten Rechtserwerbe zu gelangen. (Abs. 4.)

3. Gesammtschuldverhältniß.

3. Beruht die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, auf einem Gesammtschuldverhältnisse, so erlischt sie nach § 337 Abs. 2 insoweit nicht, als der zu den Schuldnern gehörende Eigenthümer des Grundstückes dem Gläubiger mehr als seinen Antheil an der Schuld leistet und wegen des Mehrbetrages Ersatz von den übrigen Schuldnern zu verlangen berechtigt ist. Hieraus folgt, daß der Eigenthümer in Höhe dieses Betrages die Forderung des von ihm befriedigten Gläubigers, in Höhe desjenigen Betrages dagegen, bezüglich dessen ihm ein Ersatzanspruch nicht zusteht, nur die Hypothek erwerben kann. Einer besonderen Bestimmung bedarf es dieserhalb nicht.

β. Theilweise Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer.

§ 1095.

Wenn der Gläubiger von dem Eigenthümer nur wegen eines Theiles der Forderung befriedigt wird, so muß wegen dieses Theiles dasselbe gelten, was für den Fall der vollständigen Befriedigung unter § 1094 bestimmt ist. Handelte es sich nur hierum, so würde ein bezüglicher Ausspruch in dem Gesetzbuche entbehrlich sein. Indessen gewinnt der § 1095, welcher die entsprechende Anwendung des § 1094 vorschreibt, einen besonderen Inhalt dadurch, daß er dieser Vorschrift die Maßgabe hinzufügt, der Eigenthümer könne die Uebertragung nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend machen, namentlich stehe demselben der Vorrang wegen der Restforderung zu. Das Verhältniß liegt hier anders als in dem Falle der freiwilligen Abtretung eines Theiles der Forderung. Der Gläubiger, ohne dessen Willen der Rechtsübergang auf den Eigenthümer sich vollzieht, kann billigerweise verlangen, daß hieraus weitere Folgen als diejenigen, welche aus dem theilweisen Erlöschen der Forderung sich ergeben würden, gegen ihn nicht gezogen werden. Es muß zu seinen Gunsten derselbe Grundsatz sich bethätigen, der für die analogen Fälle des Gesammtschuldverhältnisses und der Bürgschaft in dem § 337 Abs. 2 Satz 2

und dem § 676 Abs. 1 Satz 2 ausgesprochen ist. Ein Vorbehalt des Vorranges wie in dem Falle des § 1081 ist hier, wo der Rechtsübergang ohne Mitwirkung des Gläubigers vor sich geht, nicht erforderlich.

γ. Verpflichtung des befriedigten Gläubigers wegen der Berichtigung des Grundbuches.

§ 1096.

1. Wenn der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, so muß er von demselben in den Stand gesetzt werden, das Grundbuch nach Maßgabe des § 843 berichtigen, d. h. die von ihm erworbene Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen, oder die Löschung herbeizuführen. Der Gläubiger hat daher gegen Empfang der Leistung nicht blos Quittung zu ertheilen, sondern auch, nach der Wahl des Eigenthümers, entweder die Umschreibung oder die Löschung der Hypothek in beglaubigter Form[1]) zu bewilligen und die bezüglichen Urkunden dem Eigenthümer zu übergeben. Es liegt dies in der Konsequenz der Vorschriften des § 269 Abs. 2 und des § 843 Abs. 1 Satz 1. Zur Rechtfertigung der entsprechenden Vorschrift des § 1096 Abs. 1 genügt es daher auf die Begründung der gedachten Paragraphen zu verweisen. Für die Kostenpflicht des Eigenthümers sind die Vorschriften der §§ 270 und 843 Abs. 2 maßgebend.

1. Anspruch des Eigenthümers.

Die auszuliefernden Urkunden.

2. Wenn der Schuldner den Gläubiger befriedigt, so kommt es für die Verpflichtung, welche für diesen hieran sich knüpft, darauf an, ob jener zugleich der Eigenthümer ist oder nicht. (Abs. 2.)

2. Anspruch des Schuldners.

a) Ist der Schuldner zugleich der Eigenthümer, so muß die unter Ziff. 1 gerechtfertigte Bestimmung zu seinem Gunsten auch dann Platz greifen, wenn nur der persönliche Anspruch gegen ihn geltend gemacht ist. Diese Entscheidung hat zwar insoweit einen positiven Karakter, als sie auch diejenigen Fälle trifft, in welchen die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt wurde und dieser erst später das Grundstück erworben hat. Allein es erscheint nicht zweckmäßig, in solchen immerhin nur seltenen Fällen dem Schuldner die Berufung auf die ihm als Eigenthümer zustehenden Rechte zu versagen. Das Gesetz würde hierdurch an Einfachheit verlieren, ohne daß die Unterscheidung durch praktische Rücksichten geboten wäre.

b) Ist der Schuldner nicht der Eigenthümer, so ist ebensowenig wie in dem unter a) gesetzten Falle zu unterscheiden, ob er die Hypothek bestellt hat oder nicht. Vielmehr erheischt die Billigkeit, daß ihm das Recht auf Auslieferung der von dem befriedigten Gläubiger auszustellenden Urkunden in allen Fällen zugestanden werde, in welchen er daran ein rechtliches Interesse hat. Dieses Interesse aber ist ohne Weiteres klar, wenn der Schuldner zur Befreiung des Grundstückes dem Gläubiger sich verpflichtet hat, gleichviel ob die Hypothek in Folge einer Verabredung zwischen beiden von dem Eigenthümer bestellt oder die Verpflichtung von dem Schuldner bei der Veräußerung des Grundstückes

Rechtliches Interesse an den Urkunden.

[1]) Anm. b) und c) zu § 828 des Entwurfes.

eingegangen ist. Müßte in solchen Fällen der Schuldner mit einer Quittung des von ihm befriedigten Gläubigers sich begnügen, so wäre der Eigenthümer, wenn inzwischen über die Hypothek zu Gunsten eines Dritten verfügt und der dingliche Anspruch von diesem erhoben würde, der Gefahr ausgesetzt, die von dem Schuldner bewirkte Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wiederholen zu müssen[1]). Daß das Gesetz gegen diese Gefahr Schutz gewähren muß, ist nicht zweifelhaft.

Die vorstehenden Erwägungen treffen auch in dem umgekehrten Falle zu, wenn nämlich der Eigenthümer zur Befreiung des Schuldners sich verpflichtet hat und dieser, weil jener seine Verpflichtung nicht erfüllte, zur Befriedigung des Gläubigers genöthigt wird. In einem solchen Falle verschlimmert sich die Lage des bisherigen Schuldners selbst dann, wenn der bisherige Gläubiger die Urkunden dem Eigenthümer aushändigt, weil der Schuldner hierdurch außer Stand gesetzt wird, das Zurückbehaltungsrecht zu erwerben, welches mit der Aushändigung der Urkunden an ihn entstanden sein würde.

Gesammtschuldner, Bürge.

In Betracht kommen auch noch die Fälle, in welchen der Schuldner als Gesammtschuldner oder als Bürge den Gläubiger befriedigt und hierdurch dessen Rechte gemäß §§ 337, 676 insoweit erwirbt, als er einen Ersatzanspruch gegen die übrigen Schuldner bezw. den Hauptschuldner hat. In diesen Fällen ist der den Gläubiger befriedigende Schuldner an der Erlangung aller zu seiner Legitimation als Erwerber der Forderung unerläßlichen Urkunden interessirt. Die gedachten Fälle beweisen zugleich, daß die Verpflichtung des Gläubigers nicht darauf beschränkt werden kann, dem ihn befriedigenden Schuldner die zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden zu ertheilen.

Rechtliches Interesse.

Dagegen erscheint es nicht rathsam, von einem rechtlichen Interesse überhaupt abzusehen und also jedem Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, die Rechte des die Befriedigung bewirkenden Eigenthümers beizulegen. Es wäre dies in hohem Grade bedenklich, wenn der Eigenthümer die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt hat, ohne mit diesem vorher sich benommen zu haben und ohne daß die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag für den Schuldner vorliegen, ferner dann, wenn der Gläubiger selbst der Eigenthümer des Grundstückes ist oder die Beschaffung aller Legitimationsurkunden auf Schwierigkeiten stößt, während der Gläubiger sich als solcher mit Leichtigkeit durch Zeugen legitimiren kann. In solchen Fällen muß der Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt, mit dessen Quittung gemäß § 269 Abs. 1 sich begnügen, es sei denn, daß er ein rechtliches Interesse an der Erlangung weiterer Urkunden hat.

Löschungsantrag.

Ein solches Interesse besteht, wenn die Hypothek gelöscht werden soll, auch daran, daß der Eigenthümer die Löschung beantragt. Allein das Recht, von dem Schuldner Zahlung zu fordern, kann, ohne dem Gläubiger zu nahe zu treten, nicht davon abhängig gemacht werden, daß dieser den Löschungsantrag des Eigenthümers beschafft. Dies wird, weil ein solcher Antrag Voraussetzung der Löschung ist, in dem § 1096 besonders hervorgehoben.

---

[1]) §§ 1083, 1084.

d. Vereinigung der Forderung und der Schuld in der Person des Eigenthümers.

§ 1097.

1. Wenn die Hypothek von dem Eigenthümer oder das Eigenthum von dem Gläubiger erworben wird, so ist dies nach der allgemeinen Bestimmung des § 835 ohne Einfluß auf den Bestand der Hypothek. Nach den Landesgesetzen, welche die Eigenthümerhypothek anerkennen, namentlich dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. §§ 65, 66 und dem sächs. G. B. § 443, wird in diesem Falle die Hypothekenforderung selbst dann aufrecht erhalten, wenn der Eigenthümer zugleich der Schuldner ist. Vom Standpunkte des Entwurfes erlischt gemäß § 291 das Schuldverhältniß unwiderruflich, wenn Forderung und Schuld in derselben Person sich vereinigen. Die Hypothek dagegen muß, wenn die Vereinigung in der Person des Eigenthümers erfolgt, aus den nämlichen Gründen bestehen bleiben, aus welchen sie durch die Befriedigung des Gläubigers von dem Eigenthümer nach Maßgabe des § 1094 Abs. 3 erworben wird.

2. Tritt die Vereinigung nur bei einem Theile der Forderung ein, so führt sie in Ansehung desselben zur Eigenthümerhypothek. Dies ist an sich selbstverständlich, muß aber, um irrigen Schlüssen aus der Bestimmung des § 1095 vorzubeugen, auch hier besonders zum Ausdrucke gebracht werden.

e. Inhalt der Eigenthümerhypothek.

§ 1098.

Der Inhalt der Hypothek wird im Falle der Eigenthümerhypothek einerseits insoweit abgeschwächt, als die Vereinigung des Eigenthumes und der Hypothek in derselben Person die Geltendmachung des dinglichen Anspruches hindert, andererseits dadurch verschärft, daß gegen den Anspruch der Einwand, die Forderung sei erloschen, ausgeschlossen ist. Von diesem Standpunkte wird es im Allgemeinen nicht zweifelhaft sein, inwieweit die Vorschriften über die Hypothek auch auf die Eigenthümerhypothek anzuwenden sind. Hinsichtlich einiger Punkte erscheint es indessen rathsam, den Standpunkt des Entwurfes besonders zu kennzeichnen. Der § 1098 betrifft:

1. die Zwangsvollstreckung. Es liegt kein stichhaltiger Grund vor, der dazu nöthigte, mit dem sächs. Rechte[1]) bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes der Eigenthümerhypothek die Wirksamkeit gegen die nachstehenden Gläubiger zu versagen. Vielmehr wird dem praktischen Bedürfnisse, welchem die Eigenthümerhypothek dient, und der Gerechtigkeit gegen den Inhaber derselben nur dann genügt, wenn diesem das Recht zugestanden wird, die Hypothek sowohl bei der Zwangsverwaltung als auch bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes für sich geltend zu machen. Die Thatsache, daß die Forderung erloschen ist, hat hier nur den Einfluß, daß der Anspruch

Anspruch auf Betreibung.

[1]) Sächs. G. B. § 444; Ges. für Altenburg § 122 und Reuß § 121. Im Uebrigen ergiebt sich der Stand des geltenden Rechtes aus den Motiven zu § 1076.

des Berechtigten nicht wie nach § 1075 auf Beitreibung der Forderung, sondern auf Beitreibung einer dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommenden Geldsumme aus dem Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen sich richten muß;

Verzinsung und Zahlung.

2. die Modalitäten der Verzinsung und der Zahlung des Kapitales. Die in dieser Hinsicht maßgebenden rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich bei der Hypothek gemäß §§ 1062, 1064, 1066, 1075 auf die Forderung; das dingliche Recht treffen sie nur vermöge der akzessorischen Natur desselben. Sie müssen aber auch für die Eigenthümerhypothek gelten, da sonst für diese das Gesetz eine bedenkliche Lücke ergeben würde. Das Verhältniß ist, soweit jene Bestimmungen in Frage kommen, so anzusehen, als ob die Forderung noch fortbestände.

c. Geltendmachung der Eigenthümerhypothek durch den Eigenthümer

§ 1099.

Betreibung der Zwangsvollstreckung.

1. Nach § 1076 Satz 2 ist derjenige, in dessen Person Hypothek und Eigenthum sich vereinigt haben, während der Dauer der Vereinigung nicht berechtigt, die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung des Grundstückes zu betreiben. Diese Vorschrift ist nach dem Grunde, auf welchem sie beruht, auch in den Fällen der Eigenthümerhypothek gerechtfertigt.

Anfangstermin der Verzinsung.

2. Im Falle des § 1076 Satz 1 wird das dingliche Recht wegen der Zinsen, welche von der Forderung zu entrichten sind, dadurch nicht geändert, daß die Forderung dem Eigenthümer zusteht. Anders dagegen verhält es sich, wenn die Forderung erloschen ist und der Eigenthümer nur die Hypothek geltend machen kann. In diesem Falle würde die Behandlung der Zinsen als einer bloßen Erweiterung der eingetragenen Summe zu einem unbilligen Ergebnisse führen. Sieht man von der Forderung als der Quelle des Zinsrechtes ab, so kann man die Zinsen kaum anders als eine Belastung der Einkünfte des Grundstückes betrachten. So lange daher dem Eigenthümer die Einkünfte gebühren, ist ein Zinsenrückstand nicht denkbar. Erst wenn ihm durch die Beschlagnahme des Grundstückes zum Zwecke der Zwangsverwaltung die Einkünfte entzogen werden, erwacht das Recht auf Verzinsung des Betrages der Eigenthümerhypothek. Von diesem Zeitpunkte müssen dem Eigenthümer Zinsen zugestanden werden, damit nicht die gleich- und nachstehenden Gläubiger zum Nachtheile der Eigenthümerhypothek einen Vortheil erlangen, auf welchen sie vermöge ihres Rechtes keinen Anspruch haben. Das geltende Recht enthält, wie es scheint, eine Entscheidung des unterstellten Falles nicht[1]). Die Gesetze, welche die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen regeln, können daher zum Theil die Auffassung rechtfertigen, daß die Eigenthümerhypothek für den Eigenthümer den Anspruch auf die zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Zinsen von der weggefallenen Forderung begründe. Diese

[1]) Vergl. indessen das Gesetz für Neuvorpommern und Rügen v. 21. April 1868 § 81.

nach Lage der Sache kaum angemessene Auffassung schließt der § 1099 aus, indem er den Anfangstermin der Zinsen auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung festsetzt.

7. Uebertragung der Eigenthümerhypothek.

§ 1100.

1. Die Uebertragung der Eigenthümerhypothek wird in den Landesgesetzen nicht besonders geordnet. Sie unterliegt daher denselben Vorschriften, welche für die Uebertragung der einem Anderen als dem Eigenthümer zustehenden Hypothek gelten. Hiervon ist auch für die Eigenthümerhypothek des Entwurfes auszugehen, da die Gestaltung derselben keinen Grund enthält, die Vorschriften der §§ 1086—1088, durch welche die Uebertragung geregelt wird, von der Anwendung auf die Eigenthümerhypothek auszuschließen. Ein Zweifel könnte indessen daraus entstehen, daß diese Vorschriften sich auf die Uebertragung der Forderung beziehen und die Hypothek nur folgen lassen. Deshalb erscheint die Aufnahme einer den Zweifel beseitigenden Bestimmung in das Gesetzbuch erforderlich.

2. Die Forderung erlischt in den Fällen des § 1094 Abs. 3 und des § 1097, wie die Begründung dieser Paragraphen ergiebt, unwiderruflich, so daß sie, wenn der Eigenthümer die auf ihn übergegangene Hypothek an einen Anderen abtritt, nicht wiederauflebt. Das Wiederaufleben würde nur als Neubegründung einer Forderung, und zwar einer anderen als derjenigen, für welche die Hypothek bestellt wurde, aufgefaßt werden können. Die Hypothek kann aber ihrem Wesen nach auf eine neue Forderung nicht übertragen werden. Uebernimmt der Eigenthümer, wenn er die Hypothek überträgt, dem Erwerber gegenüber eine Verbindlichkeit zur Zahlung der eingetragenen Summe, so wird hierdurch nicht ein durch die Hypothek gesichertes, sondern ein derselben hinzutretendes Forderungsrecht für den Erwerber begründet. Um irrigen Auffassungen des Gesetzes, zu welchen die bisherigen Theorieen der Eigenthümerhypothek Anlaß geben könnten, vorzubeugen, erscheint es rathsam, den Standpunkt des Entwurfes in dem § 1100 zum Ausdrucke zu bringen.

8. Unanwendbarkeit der §§ 1094—1100 auf die Forderung wegen der in dem § 1090 bezeichneten Zinsen und Kosten.

§ 1101.

Soweit die Hypothek auf die Forderung auch wegen rückständiger Zinsen und wegen solcher Kosten, welche nicht zu einem bestimmten Betrage in das Grundbuch eingetragen sind, sich erstreckt, finden auf sie gemäß § 1090 weder die für die Uebertragung der Hypothekenforderung geltenden noch die den Erwerb einer solchen unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches stellenden Vorschriften Anwendung. Es erscheint daher nur konsequent, auch diejenigen Bestimmungen, nach welchen der Eigenthümer die Forderung oder doch die für dieselbe bestellte Hypothek durch die Befriedigung des Gläubigers

oder durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person erwirbt bezw. behält, von der Anwendung auf die gedachten Zinsen und Kosten auszuschließen. Bei dieser Konsequenz muß es um so mehr belassen werden, als die für eine Hypothek des Eigenthümers sprechenden Gründe in keiner Hinsicht für die Ausdehnung dieses Institutes auf rückständige Zinsen und Kosten, für welche eine besondere Hypothek nicht eingetragen ist, sich geltend machen lassen. Die Landesgesetze haben freilich eine desfallsige Vorschrift nicht. Allein hieraus wird man nur folgern dürfen, daß die in Rede stehende Zinsen- und Kostenforderung in allen Fällen der Uebertragung den Vorschriften unterworfen sein soll, welche für die Uebertragung einer nicht durch Hypothek gesicherten Forderung gelten. Der Entwurf muß die Unanwendbarkeit der §§ 1094—1100 hier aussprechen, weil sein Schweigen gegenüber den Bestimmungen des § 1090 einer seine Absicht vereitelnden Auffassung Raum geben könnte.

e) Unzulässigkeit der Eintragung einer neuen Hypothek an die Stelle der erloschenen.

§ 1102.

Werththeorie. Das Bestreben, die rechtliche Natur der modernen Hypothek zu erforschen, hat manche Rechtslehrer zu der Vorstellung geführt, daß der eigentliche Gegenstand der Hypothek nicht das Grundstück als Ganzes sei, sondern dessen Werth, bezw. ein durch die Stelle im Grundbuche bestimmter Werththeil. Die Konsequenz hiervon ist die, daß dem Gläubiger nur der ungebundene Werth des Grundstückes für die Forderung haftet, ein nachstehender Gläubiger mithin nur auf den Rest des Werthes Anspruch hat. Die Hypothek erlischt mit der Forderung sowohl durch die Befriedigung des Gläubigers, als auch durch Konfusion. Aber dieser Erfolg tritt nicht zu Gunsten der nacheingetragenen Rechte, sondern nur zu Gunsten des Eigenthümers ein. Der Eigenthümer kann daher über den freigewordenen Werththeil anderweit verfügen, d. h. an der Stelle der erloschenen Hypothek eine neue Hypothek eintragen lassen.

Einen gewissen Anhalt findet diese Theorie in den Gesetzen für Lübeck[1]), Mecklenburg[2]), Bayern[3]), Weimar[4]) und Lauenburg[5]), welche das anscheinend aus Schleswig-Holstein[6]) stammende Institut der festen Prioritäten, wenn auch mehr oder weniger abgeschwächt, zur Geltung bringen. In Bayern und Weimar kann der Eigenthümer, so lange die erloschene Hypothek nicht gelöscht ist, deren Stelle zur Eintragung einer neuen Hypothek verwenden. In Mecklenburg hat er diese Befugniß, sofern nicht der Verzicht auf dieselbe im Hypothekenbuche vermerkt ist. Demgemäß wird dort zwischen Tilgung und

Feste Prioritäten.

Vorbehalt der Stelle.

---

[1]) Stadtb. O. v. 6. Juni 1818 § 21 und Hypoth. O. v. 22. März 1820 § 17.
[2]) Mecklenb. revid. Hypoth. O. f. Landg. § 24 Ziff. 2 und Stadtb. O. § 26.
[3]) Bayr. Hypoth. Ges. § 84. Vergl. dazu den bayr. Entw. III Art. 413.
[4]) Pfandges. § 78.
[5]) Prot. O. v. 26. Mai 1860 § 16.
[6]) Verordn. v. 23. Dezember 1796 § 17; v. Roth, hypoth. Sukzess. S. 29 ff.

reiner Tilgung, d. h. zwischen Löschung mit dem Vorbehalte der Stelle für eine Neueintragung und Löschung mit dem Verzichte auf eine solche unterschieden.

Bei der Reform des Hypothekenrechtes in Preußen wurde diese Unterscheidung geprüft, aber verworfen, weil „durch sie ganz unnöthigerweise das Hypothekenrecht mit einem neuen Begriff, die Geschäftsbehandlung beim Hypothekenbuche mit einer neuen Manipulation belastet wird", der leere locus überdies „ein Nichts ist, über welches zu disponiren unmöglich erscheint". In Konsequenz des ablehnenden Standpunktes gegen die Theorie von den Werthparzellen als den eigentlichen Objekten der Hypothek[1]) bestimmt das Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 62: „An die Stelle einer gelöschten Hypothek ... darf eine andere nicht eingetragen werden, vielmehr rücken die nachstehenden Posten vor". Die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha § 62, Braunschweig § 64, Sondershausen 2c. stimmen hiermit überein und auch die Gesetze der übrigen Staaten, mit Ausschluß der oben bezeichneten, können nach dem Pfandrechtsbegriffe, von welchem sie ausgehen, nur in diesem Sinne aufgefaßt werden[2]).

Auf die verschiedenen Pfandrechtstheorieen ist hier nicht weiter einzugehen. Die Hypothek ist nach dem Entwurfe eine Belastung des Grundstückes, von welcher die Sache selbst in ihrer Totalität und in allen ihren Theilen ergriffen wird[3]), so zwar, daß das dingliche Recht des Gläubigers, wenn andere Hypotheken mit besserem oder gleichem Range an dem Grundstücke bestehen, hierdurch zwar in der vollen Bethätigung seiner Macht über die Sache gehemmt wird[4]), keineswegs aber einen von dem Gegenstande dieser Hypotheken verschiedenen Gegenstand erhält. Wenn daher unter mehreren Hypotheken eine vorstehende erlischt, so erledigt sich insoweit für die gleich- und nachstehenden Hypotheken jene Hemmung, so daß dieselben einen besseren Rang erlangen oder, wie das preuß. Gesetz sich ausdrückt, „vorrücken". Dieses Vorrücken in der Rangordnung folgt aber aus dem Begriffe der Hypothek des Entwurfes und braucht daher nicht besonders vorgeschrieben zu werden. Es kann sich nur fragen, ob Zweckmäßigkeitsgründe vorhanden sind, welche die Ausschließung der Konsequenz rechtfertigen. Diese Frage aber muß verneint werden. Der Rücksicht auf den Realkredit wird vollständig genügt, wenn das Gesetz dem Eigenthümer gestattet, Hypotheken, welche an dem Grundstücke bestehen, für sich zu erwerben bezw. zu behalten. Ein praktisches Bedürfniß, daneben noch das Institut des Stellenvorbehaltes zuzulassen, ist, wie oben zu § 835 gezeigt wurde, nicht anzuerkennen. Wohl aber erscheint es mit Rücksicht auf das geltende Recht rathsam, in dem Gesetzbuche die Eintragung einer neuen Hypothek an die Stelle der erloschenen ausdrücklich auszuschließen.

Das Grundstück als Gegenstand der Hypothek.

Vorrücken der Nachhypothek.

---

[1]) Werner, die preuß. Grundb. und Hypoth. Ges. v. 5. Mai 1872 Th. 2 S. 28, 34.

[2]) Vergl. die mehrerwähnten Gesetze für Württemberg Art. 135 Abs. 2, Altenburg § 129, Hamburg §§ 35, 43, Hessen 2c.

[3]) §§ 1062, 1067—1071, 1075.

[4]) Oben S. 225.

Ein Vertrag zwischen dem Eigenthümer und einem Hypothekengläubiger, nach welchem dieser im Falle des Erlöschens einer vorstehenden Hypothek nicht vorrücken soll, ist gegenüber der Vorschrift des § 1102 rechtlich unmöglich und deshalb nichtig. Die Betheiligten können das Ergebniß, welches sie bezwecken, nur unter Befolgung der Vorschriften der §§ 841 und 842 herstellen. Daß dies bei der Fassung des § 1102 verkannt werden möchte, ist nicht zu besorgen

f) Aufgebot einer Hypothek.

α. Aufgebot einer angeblich erloschenen Hypothek.

§ 1103.

Bedürfniß.

Wenn die Hypothek mit der Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt wurde, erloschen ist, so ist das Grundbuch unrichtig. An seiner Richtigstellung hat der Eigenthümer ein berechtigtes Interesse, weil die noch eingetragene, obschon nicht mehr bestehende Hypothek ihn hindert, den Realkredit, welchen an sich das Grundstück gewähren kann, in vollem Maße auszunutzen. Es verlangt aber auch das öffentliche Interesse, daß das Grundbuch richtig gestellt werde, damit die Bucheinrichtung die Funktionen, welche sie für den Rechtsverkehr zu versehen hat, vollständig und zweckmäßig zu erfüllen vermöge[1]). Nach dem Konsensprinzipe kann die Richtigstellung des Buches — hier die Löschung der erloschenen Hypothek — nur erfolgen, wenn sie von demjenigen, welchen das Buch als noch berechtigt ausweist, bewilligt und die Bewilligung in beglaubigter Form der Buchbehörde vorgelegt wird[2]). Nun kommen aber erfahrungsgemäß Fälle vor, in welchen, weil der Buchgläubiger bezw. dessen Erben unbekannt sind, der Eigenthümer außer Stande ist, die Bewilligung zu beschaffen oder ein dieselbe ersetzendes Urtheil des Gerichtes zu erwirken. Für diese Fälle muß das Gesetz, um den gedachten Interessen gerecht zu werden, ein Mittel bieten, durch welches die Löschung der Hypothek ermöglicht wird. Das einzige Mittel aber, welches zum Ziele führt, ist das Aufgebot der Hypothek mit der Rechtsfolge der Ausschließung des Gläubigers, sofern derselbe auf den öffentlichen Aufruf sich nicht meldet. Ein solches Aufgebot gestatten namentlich die preuß. Grundb. O. §§ 103—105, das bayr. Hypoth. Ges. § 82, das sächs. G. B. § 461 und die mecklenb. Gesetze[3]).

Der Entwurf regelt das Aufgebot und die auf Grund desselben vorzunehmende Löschung der Hypothek, soweit dabei das materielle Recht betheiligt ist, unter § 1103 wie folgt:

Voraussetzungen des Aufgebotes.

1. Die Voraussetzungen des Verfahrens sind:

a) der Antrag des Eigenthümers. Für die Zulassung des Aufgebotes auf den Antrag eines gleich- oder nachstehenden Gläubigers besteht

---

[1]) Vergl. oben S. 329 zu § 873.

[2]) §§ 843, 1096 und Anm. e des Entwurfes zu § 828.

[3]) Revid. Hypoth. O. für Landg. § 23 und revid. Stadtb. O. § 27. Siehe ferner die Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., für Altenburg §§ 124, 125, für Reuß ä. und j. L. §§ 123—125, das Hypoth. Ges. für Rudolstadt §§ 53, 86, die Grundb. Ordnungen für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc.

weder ein praktisches Bedürfniß, noch, wie es scheint, ein Vorgang in dem geltenden Rechte;

b) die Behauptung des Eigenthümers, daß der Gläubiger unbekannt sei. Eine Verdeutlichung des Begriffes „unbekannt", wie sie der bayr. Entw. III Art. 414 enthält, ist unnöthig. Auch kann es nicht für angemessen erachtet werden, mit der preuß. Grundb. O. § 105 den Fall, wenn der Gläubiger sein Verfügungsrecht nicht nachzuweisen vermag, besonders hervorzuheben;

c) die Behauptung des Eigenthümers, daß die Forderung erloschen sei. Nach dem Wortlaute des bayr. Hypoth. Ges.[1]) und des sächs. G. B. ist sie nicht erforderlich. Die preuß. Grundb. O. verlangt die Behauptung der Tilgung. Die Vorschrift des Entwurfes rechtfertigt sich dadurch, daß das ganze Aufgebot nur dann berechtigt ist, wenn nach Lage der Sache davon ausgegangen werden darf, daß die Forderung erloschen ist;

d) Ablauf von dreißig Jahren seit der letzten auf die Hypothek sich beziehenden Eintragung in das Grundbuch. Ist die Zahlungszeit nach dem Kalender bestimmt, so beginnt die Frist nicht vor Ablauf des Zahlungstages.

Diese Sätze haben die Regelung des Aufgebotes in dem bayr. Entw. und dem sächs. G. B., von unbedeutenden Abweichungen abgesehen, für sich. Die Frist ist auch in dem bayr. Hypoth. Ges. auf dreißig Jahre, dagegen in den Gesetzen für Altenburg und Reuß auf einunddreißig Jahre sechs Wochen und drei Tage, in dem Ges. für Rudolstadt auf zwanzig Jahre bemessen. In Preußen und anderen Staaten hat die Gesetzgebung die Einleitung des Verfahrens von einer Frist nicht abhängig gemacht. Dieser Standpunkt erscheint aber gegenüber der Bedeutung, welche dem Grundbuche für die Erhaltung der eingetragenen Rechte beizumessen ist, in hohem Grade bedenklich. Zum Schutze des Gläubigers muß eine geräumige Frist als unerläßlich angesehen werden. (Abs. 1.)

2. Für das Aufgebotsverfahren sind die Vorschriften der C. P. O. maßgebend. In zwei Punkten indessen bedürfen sie der Ergänzung. Verfahren.

a) Zur Begründung des Aufgebotsantrages muß der Eigenthümer dem Gerichte glaubhaft machen, daß der Gläubiger unbekannt sei. In dieser Hinsicht genügt es, zur Rechtfertigung des § 1103 auf die den Antrag auf Todeserklärung betreffende Bestimmung des § 12 zu verweisen.

b) Das Erlöschen der Forderung braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden. Die preuß Grundb. O. § 104 verlangt für den Fall, wenn das Aufgebot erfolgt, weil der Gläubiger sein Verfügungsrecht nicht nachweisen kann, eine Bescheinigung darüber, daß die Post getilgt sei. Dies würde aber bei Zulassung des Aufgebotes erst nach Ablauf von dreißig Jahren zu weit gehen. Eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Forderung erloschen ist, liegt schon dann vor, wenn innerhalb der Frist ein Anerkenntniß der Forderung,

[1]) Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 23. Februar 1879 Art. 123 Ziff. 3.

wie es nach § 169 zur Unterbrechung der Verjährung genügt, nicht stattgefunden hat. Dies muß der Eigenthümer glaubhaft machen. Der Schwierigkeit, welche hiermit für ihn verbunden ist, wird dadurch Rechnung getragen, daß sein Eid als Mittel zur Glaubhaftmachung der Negative in dem § 1103 ausdrücklich zugelassen wird. (Abs. 2.)

Wirkung des Ausschlußurtheiles.

3. Da das Aufgebot nur den Zweck hat, die Löschung der Hypothek zu ermöglichen, so kann von einer Erwerbung der Hypothek seitens des Eigenthümers keine Rede sein. Letzterer erlangt durch das Ausschlußurtheil nur das Recht, die Hypothek löschen zu lassen. Die Löschung erfolgt auf seinen Antrag, wenn er eine Ausfertigung des Urtheiles vorlegt. (Abs. 3.) Eine Mitwirkung des Gerichtes zur Herbeiführung der Löschung, wie sie das bayr. Hypoth. Ges. vorschreibt, lehnt der Entwurf als nicht zweckmäßig ab.

β. Aufgebot einer bestehenden Hypothek.

§ 1104.

Geltendes Recht.

Die preuß. Grundb. O. §§ 106—109 und einige der ihr nachgebildeten Grundbuchordnungen sowie die Ausf. Gesetze zur C. P. O. 2c. für Braunschweig v. 1. April 1879 § 7 Ziff. 6 und Schaumburg-Lippe v. 30. Juni 1879 § 60 Ziff. 5 gestatten ein Aufgebot der Hypothek auch dann, wenn die Forderung fällig, bezw. seitens des Eigenthümers kündbar, der Gläubiger aber unbekannt ist. Von dem Aufgebote des vorigen Paragraphen unterscheidet sich dasselbe wesentlich dadurch, daß es eine noch bestehende Hypothek zur Voraussetzung hat, die Rechte des Gläubigers mithin nur aufgehoben werden dürfen, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt wird. Der Grund, aus welchem das Aufgebot zugelassen werden muß, ist der, daß dem Eigenthümer in dem vorausgesetzten Falle nur auf diesem Wege die Ausübung des Rechtes, den Gläubiger, sobald die Forderung fällig geworden, zu befriedigen und bezw. die Fälligkeit durch Kündigung herbeizuführen[1]), gewährleistet werden kann. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Grund für die Zulassung des Aufgebotes.

Voraussetzungen.

1. Das Aufgebot setzt wie in dem Falle des § 1103 einen Antrag des Eigenthümers voraus, ferner die Behauptung, daß der Gläubiger unbekannt sei. Dagegen kommt es hier auf die Zeit, welche seit der letzten Eintragung in das Grundbuch verstrichen ist, nicht an. Das Grundbuch, bezw. gemäß § 1064 die Eintragungsbewilligung, muß nur ergeben, entweder daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, bereits fällig oder daß doch der Schuldner berechtigt ist, sie zu kündigen. (Abs. 1.)

Begründung des Antrages.

2. Für die Begründung des Antrages ist zweierlei von besonderem Gewichte.

a) Es genügt nicht, wie nach der preuß. Grundb. O. § 106, daß der Eigenthümer versichert, der Gläubiger sei unbekannt. Vielmehr muß diese

---

[1]) Vergl. die §§ 1079, 1080.

Behauptung glaubhaft gemacht werden. Es gilt bezüglich ihrer Alles, was zur Begründung des § 1103 unter Ziff. 1b und 2a gesagt ist.

b) Der Eigenthümer hat, weil die Befriedigung eines unbekannten Gläubigers nur auf dem Wege der Hinterlegung gemäß § 272 sich ausführen läßt, zur Hinterlegung des Betrages der Forderung sich zu erbieten (Abs. 2.)

Rechtsnachtheil für den Gläubiger.

3. Der Rechtsnachtheil, welchen der in Folge des Aufgebotes sich nicht meldende Gläubiger erleidet, besteht darin, daß, wenn der Eigenthümer den Betrag der Forderung hinterlegt, der Gläubiger seine Befriedigung nicht mehr aus dem Grundstücke, sondern nur noch aus dem hinterlegten Betrage fordern kann. Dieser Rechtsnachtheil ist in dem von dem Gerichte zu erlassenden Aufgebote gemäß der C. P. O. § 824 Ziff. 3 dem Gläubiger anzudrohen. Eine Aufforderung des letzteren zur Quittungsleistung oder Löschungsbewilligung, wie sie die preuß. Grundb. O. § 106 Ziff. 1 vorschreibt, ist weder erforderlich noch ausreichend. (Abs. 3.)

Aufgebotsfrist.

4. Für die Aufgebotsfrist sind die Vorschriften des Verfahrens maßgebend. Die Verlängerung dieser Frist um die Kündigungsfrist, falls die Forderung noch nicht fällig ist (Abs. 4), wird auch in der preuß. Grundb. O. Ziff. 2 vorgesehen.

Ausschlußurtheil.

5. Das Ausschlußurtheil, welches nach der C. P. O. § 829 erforderlich ist, darf nach dem Zwecke des Verfahrens erst erlassen werden, nachdem die Hinterlegung erfolgt ist. Die Hinterlegung ist aber nicht Vorbedingung des Aufgebotes selbst. Wollte man sie hierzu machen, so würde der Eigenthümer wegen Zinsen und Kosten in Verlust gerathen können, wenn der Gläubiger sich meldete.

Hinterlegung

Zu hinterlegen sind außer dem eingetragenen Kapitale die von demselben nach Inhalt des Grundbuches zu entrichtenden Zinsen, jedoch nur insoweit, als sie nicht nach den §§ 157, 159 verjährt sind. Die preuß. Grundb. O. verlangt, wenn das Grundstück auch für Verzugszinsen verpfändet ist, die Hinterlegung derselben für einen Zeitraum von zehn Jahren. Die hierin liegende Erschwerung der Lage des Eigenthümers steht jedoch in keinem Verhältnisse zu der geringen praktischen Bedeutung der Verzugszinsen für eine eingetragene Forderung. Aus diesem Grunde und im Interesse der Vereinfachung des Gesetzes empfiehlt es sich, von der Hinterlegung nicht eingetragener Zinsen überhaupt abzusehen. (Abs. 5.)

Die Hinterlegung muß, um die Erlassung des Ausschlußurtheiles zu rechtfertigen, so bewirkt sein, daß der Eigenthümer die hinterlegte Summe nicht zurücknehmen kann. Dies folgt aber mit Nothwendigkeit aus dem Verhältnisse des Urtheiles zu der Hinterlegung, so daß es in dem Gesetze nicht besonders hervorgehoben zu werden braucht.

Wirkung des Urtheiles.

6. An die Erlassung des Ausschlußurtheiles muß sich nach dem Zwecke des Aufgebotes für den Eigenthümer dieselbe Rechtsfolge knüpfen, wie wenn er den Gläubiger durch Zahlung befriedigt hätte. Diese Folge wird, um den Gegensatz zu dem § 1103 Abs. 3 klar hervortreten zu lassen, in dem § 1104 ausdrücklich ausgesprochen. (Abs. 6.)

Digitized by Google

γ. Zuständigkeit für das Aufgebotsverfahren.

§ 1105.

Die Zuständigkeit des Gerichtes der belegenen Sache für das Aufgebotsverfahren entspricht der Vorschrift der C. P. O. § 839 Abs. 2, steht aber auch mit dem § 873 des Entwurfes im Einklange.

Schließlich sind hier noch zwei Punkte zu berühren, die zwar lediglich das Verfahren vor dem Gerichte betreffen, für die Betheiligten indessen nicht selten von der größten Bedeutung sind: die Aufgebotsfristen und die Art der Bekanntmachung des Aufgebotes. Die C. P. O. setzt die Frist auf mindestens sechs Wochen, beim Urkundenaufgebote auf mindestens sechs Monate fest[1]). Die Landesgesetzgebung ist hiervon in mehreren Staaten abgewichen. In dem Falle, welchen der Entwurf unter § 1103 regelt, beträgt die Frist in Preußen und Oldenburg drei, in Bayern, Coburg-Gotha und Reuß j. L. sechs Monate, in Altenburg sechs Wochen bis sechs Monate bezw. ein Jahr[2]); in dem Falle des § 1104 dagegen wird die Frist in Preußen, Coburg-Gotha ꝛc. von dem Richter bestimmt[3]). Auch sehen die bezüglichen Gesetze meist von der in der C. P. O. vorgeschriebenen Bekanntmachung des Aufgebotes durch den Reichsanzeiger ab[4]).

Aus dieser Richtung der Landesgesetzgebung erhellt zu Genüge, einerseits daß die Bestimmungen der C. P. O., welche die Frist und die Art der Bekanntmachung des Aufgebotes regeln, für das Aufgebot von Hypotheken nicht überall passen, andererseits daß diese Regelung zweckmäßig nicht einheitlich für alle Bundesstaaten erfolgen kann. Es empfiehlt sich deshalb, der Landesgesetzgebung die Bestimmung der Fristen und der Art der Bekanntmachung des Aufgebotes in den Fällen der §§ 1103 und 1104 zu überlassen. Der erforderliche Vorbehalt gehört aber nicht in das Gesetzbuch, sondern in das Einführungsgesetz[5]).

II. Hypothek mit Hypothekenbrief[6]) (Briefhypothek).

1. Ertheilung eines Hypothekenbriefes.

§ 1106.

Vertrag und Eintragung.

a) Durch die Verbindung der Hypothek mit einer neben dem Grundbuche bezw. an Stelle desselben funktionirenden Urkunde wird das dingliche Recht des Gläubigers, wie es sich nach den §§ 1062—1105 gestaltet, in wesentlichen

---

[1]) C. P. O. §§ 187, 827, 842, 846, 847.

[2]) Preuß. Grundb. O. §§ 103, 105 Ziff. 3 und Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 24. März 1879 §§ 20, 21; Ausf. Gesetze für Bayern v. 23. Februar 1879 Art. 123 Ziff. 3, Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 15, Reuß j. L. v. 22. Februar 1879 § 18, Altenburg v. 25. März 1879 § 24 Ziff. 4 Abs. 4.

[3]) Grundb. O. für Preußen § 106 Ziff. 2, Oldenburg § 86 Ziff 2, Coburg-Gotha ꝛc.

[4]) Anm 2, 3.

[5]) Anm. zu § 1105 des Entwurfes.

[6]) Siehe hierzu oben S. 612—619.

Punkten geändert[1]). Die Entscheidung darüber, ob über die Hypothek ein Hypothekenbrief ertheilt werden soll, kann daher nicht einseitig von dem Gläubiger oder dem Eigenthümer, sondern nur von beiden in gegenseitigem Einverständnisse getroffen werden. Die Ertheilung der Urkunde setzt vom Standpunkte des Entwurfes Vertrag und Eintragung in das Grundbuch nach näherer Bestimmung der §§ 828—833 voraus, gleichviel, ob sie vor oder erst nach Eintragung der Hypothek verlangt wird. Dies muß aber bei der Wichtigkeit der in Frage stehenden Interessen in dem Gesetzbuche besonders zum Ausdrucke gebracht werden, um jedem Zweifel, zu welchem die Fassung des § 828 Anlaß geben könnte, vorzubeugen. Handelt es sich um eine Hypothek an mehreren Grundstücken, welche verschiedenen Personen gehören, so muß der Vertrag von allen Eigenthümern geschlossen und das Erforderniß der Eintragung bezüglich aller Grundstücke erfüllt werden. In dieser Hinsicht bedarf es keiner Vorschrift, weil das, was hier vorgeschrieben werden könnte, sich als Konsequenz aus anderen Rechtsnormen[2]) ergiebt und nicht zu besorgen ist, daß diese Konsequenz von der Wissenschaft und Praxis verkannt werden möchte.

Eine Eintragung der erfolgten Ertheilung des Hypothekenbriefes ist gegenüber der zur Vollendung des dinglichen Vertrages erforderlichen Eintragung ausgeschlossen, weil sie ohne Einfluß auf die Gestaltung des hypothekarischen Rechtsverhältnisses sein würde.

b) Die Herstellung des Hypothekenbriefes ist Sache des Grundbuchamtes. Herstellung des Briefes
Wie hierbei zu verfahren ist, wird die Grundbuchordnung bestimmen. Seinen Inhalt schöpft der Brief aus dem Grundbuche und, da in diesem zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann[3]), auch aus der Bewilligung. Das Prinzip ist: der Hypothekenbrief soll ein vollständiges Bild der Hypothekenforderung geben[4]). Es muß daher die Eintragungsbewilligung und, wenn sie durch eine besondere Schuldurkunde ergänzt wird, auch die Schuldurkunde mit den Nachrichten aus dem Grundbuche verbunden werden. Bei dem engen Zusammenhange jedoch, in welchem der Inhalt des Briefes mit der Bildung desselben steht, erscheint es angemessen, der Grundbuchordnung die erforderlichen Bestimmungen vorzubehalten.

2. Umwandlung der Briefhypothek in eine Hypothek ohne Hypothekenbrief.

§ 1107.

Die Frage, ob die Briefhypothek in eine bloße Buchhypothek umgewandelt werden kann, wird in den Gesetzen, welche die Ertheilung eines Hypothekenbriefes vorsehen, nicht entschieden. Für Braunschweig wird man sie verneinen müssen, weil hier der nach dem preuß. und dem mecklenb. Rechte zulässige Verzicht auf die Bildung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist. Vom

---

[1]) Oben S. 616 ff.
[2]) Vergl. insbesondere die §§ 828, 1062, 1067, 1071 ff.
[3]) § 1064 des Entwurfes.
[4]) Oben S. 612, 615 ff.

Standpunkte des Entwurfes muß es, da der Hypothekenbrief lediglich im Interesse des Eigenthümers und des Gläubigers ertheilt wird, beiden freistehen, durch Vertrag den Brief aus dem Verkehre zu ziehen. Dieser Vertrag unterliegt, da er eine Aenderung des hypothekarischen Rechtsverhältnisses bezweckt, denselben Vorschriften wie der nach § 1106 zur Ertheilung des Hypothekenbriefes erforderliche Vertrag. Die Eintragung der Umwandelung muß aber aus Rücksichten der Rechtssicherheit davon abhängig gemacht werden, daß der Brief dem Grundbuchamte zurückgereicht wird[1]). Um jeden Mißbrauch mit der Urkunde zu verhindern, wird die Grundbuchordnung vorschreiben, daß das Grundbuchamt dieselbe unbrauchbar zu machen habe[2]). Wenn die Umwandelung in dieser Weise geregelt wird, ist nicht zu besorgen, daß sie zur Eintragung gelangen könnte, obschon der Hypothekenbrief in den Händen des Gläubigers verblieben wäre. Jedenfalls kann die Frage, was in einem solchen Falle Rechtens ist, der Entscheidung durch die Wissenschaft ohne Schaden für die Rechtssicherheit überlassen bleiben.

3. Anwendung der für die Hypothek ohne Hypothekenbrief geltenden Vorschriften auf die Briefhypothek.

§ 1108.

Betrachtet man mit dem Entwurfe die Hypothek ohne Hypothekenbrief als die Regel und die Briefhypothek als die Ausnahme[3]), so folgt, daß die Besonderheiten, welche die Hypothek durch ihre Verbindung mit dem Briefe annimmt, in dem Gesetzbuche als Abweichungen von den Vorschriften der §§ 1062—1105 bestimmt werden müssen, diese Vorschriften mithin auf die Briefhypothek nur insoweit angewendet werden können, als nicht die besonderen Bestimmungen entgegenstehen. Diesen einfachen Gedanken bringt der Entwurf in dem § 1108 zum Ausdrucke.

4. Eigenthum an dem Hypothekenbriefe.

§ 1109.

Der Hypothekenbrief ist als (körperliche) Sache an sich Gegenstand des Eigenthumes. Fraglich ist indessen, wer als Eigenthümer anzusehen ist. Der Entwurf entscheidet in dem § 1109 diese Frage für die Zeit des Bestehens der Hypothek.

a) Grund des Eigenthumes.

a) Der Hypothekenbrief hat einzig und allein die Bestimmung, den Zwecken der Hypothek zu dienen. Die Rechtslogik führt deshalb nothwendig dahin, einem von der Hypothek unabhängigen Rechte an dem Briefe die Anerkennung zu versagen. Dies ist auch in der Praxis des preuß. Rechtes anerkannt worden, wie ein Erkenntniß des vormaligen Obertribunales zu

---

[1]) Vergl. hierzu die Anm. II zu § 1107 des Entwurfes und die Rechtfertigung der nach derselben in der Grundbuchordnung zu treffenden Bestimmung, oben S. 615.

[2]) Anm. I zu § 1107.

[3]) Oben S. 618 ff.

Berlin vom 17. Dezember 1877 beweist[1]). Es ist aber nicht sicher, daß ohne eine entsprechende Vorschrift in dem bürgerlichen Gesetzbuche die Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften desselben zu dem nämlichen Ziele führen würde. Nahe liegt es, die Herstellung des Hypothekenbriefes den Grundsätzen der Spezifikation zu unterwerfen und die fertige Urkunde wie jede andere bewegliche Sache als Gegenstand der Eigenthumserwerbung zu behandeln. Auf diese Weise könnte das Eigenthum auf Jemanden übergehen, der zur Herausgabe des Briefes an den Gläubiger nicht verpflichtet wäre, obschon die Urkunde für ihn keinen anderen Werth hätte als den des beschriebenen Stückes Papier. Um einem solchen unbefriedigenden Ergebnisse vorzubeugen, würde es auch nicht rathsam sein, jeden Inhaber des Hypothekenbriefes zur Herausgabe desselben an den Gläubiger kraft des Gesetzes zu verpflichten, ohne ein Eigenthum des Gläubigers an der Urkunde zu unterstellen. Eine derartige Regelung wäre schon um deswillen bedenklich, weil der Entwurf einem obligatorischen Anspruche Rechtswirkung gegen Dritte grundsätzlich nicht zugesteht; sie wäre aber auch eine nur unvollkommene, weil es mindestens zweifelhaft ist, ob nicht der Anspruch auf Herausgabe des Briefes im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers versagen und der Gläubiger nur eine seinem berechtigten Interesse nicht genügende Entschädigungsforderung gegenüber der Konkursmasse haben würde. Dieses unangemessene Ergebniß läßt sich nur vermeiden, wenn das Eigenthum an dem Hypothekenbriefe als untrennbar von der Hypothek gesetzt und also dem jeweiligen Gläubiger zugesprochen wird. Die Konsequenz hiervon ist die, daß auch andere (dingliche) Rechte an dem Briefe, sofern sie nicht zugleich an der Hypothek entstehen, nicht begründet werden können.

Spezifikation.

Verbindung des Eig. mit dem Rechte d. Gläubigers.

Der Gedanke freilich, auf welchem die Bestimmung des § 1109 Abs 1 beruht, geht über die Grenzen des Hypothekenrechtes hinaus; er ist für jede von dem Schuldner ausgestellte Schuldurkunde zutreffend. Allein ein praktisches Bedürfniß für eine allgemeine und in allen Fällen ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände Platz greifende Bestimmung ist nicht anzuerkennen. Es ist auch nicht zu besorgen, daß man aus dem Schweigen des Gesetzbuches für andere Verhältnisse folgern werde, das Prinzip solle nur für die Hypothek gelten. Vielmehr wird gerade die hier gegebene Vorschrift auf dem Wege der Analogie zur richtigen Entscheidung der Eigenthumsfrage bei anderen Urkunden als Hypothekenbriefen wesentlich beitragen.

b) Aus der Verknüpfung des Eigenthumes an dem Briefe mit dem Rechte des Gläubigers folgt nicht, daß der Eigenthümer des Grundstückes mit dem Erlöschen der Hypothek auch Eigenthümer der Urkunde werden müßte. Es würde auch nicht angemessen sein, dies positiv vorzuschreiben, da der gewesene Gläubiger immer noch ein Interesse an dem Hypothekenbriefe haben kann, namentlich wenn die mit dem Briefe verbundene oder aus demselben ersichtliche Schuldverschreibung noch über andere Forderungen lautet oder die Hypothek, welche an mehreren Grundstücken bestellt worden, nicht an allen erloschen ist. Aus der Thatsache, daß die Hypothek nicht mehr besteht, kann

b) Erlöschen der Hypothek.

[1]) Gruchot, Beiträge ꝛc. 22 S 757

gemäß § 843 nur die Verpflichtung des gewesenen Gläubigers hergeleitet werden, die Löschung so zu bewilligen, daß die Hypothek auf Verlangen des Eigenthümers gelöscht werden muß. Diese Verpflichtung aber erstreckt sich auch auf die Vorlegung des Hypothekenbriefes, da der Grundbuchbeamte nicht löschen darf, wenn ihm die Urkunde nicht vorliegt[1]). Hat nun der Eigenthümer, wenn die Hypothek an seinem Grundstücke erloschen ist, ein berechtigtes Interesse nur daran, daß sie gelöscht werde, so ist klar, daß der § 1109 dem praktischen Bedürfnisse vollständig genügt, wenn er in seinem zweiten Absatze dem Eigenthümer des Grundstückes einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt zum Zwecke der Löschung giebt. Wie dann die Behörde mit der Urkunde zu verfahren hat, darüber wird die Grundbuchordnung keinen Zweifel lassen.

c) Anspruch auf Herausgabe.

c) Der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes kann in den Fällen unter a) und b) durch Einreden aus einem zwischen dem Inhaber desselben und dem anderen Theile bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse abgewendet werden. Der Grundsatz des § 942, aus welchem dies sich ergiebt, erleidet durch den § 1109 keine Einschränkung. Der Inhaber kann also auch in dem bereits früher berührten Falle[2]), wenn er den Gläubiger befriedigt und deswegen Ersatz von dem Eigenthümer des Grundstückes zu fordern hat, zum Schutze dieser Forderung das Recht der Zurückbehaltung des Briefes gegen den Anspruch auf Herausgabe desselben an das Grundbuchamt geltend machen. Daß ihm das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 233 zusteht, wird die Praxis schwerlich verkennen. Eine besondere Bestimmung empfiehlt sich in dieser Beziehung nicht, weil eine solche leicht ein Mißverständniß über die Tragweite des § 233 für andere ähnliche Fälle erregen könnte.

Zurückbehaltungsrecht.

5. Beweis der Forderung vor der Aushändigung des Hypothekenbriefes an den Gläubiger.

§ 1110.

Rechtsvermuthung.

Die Ertheilung eines Hypothekenbriefes über die Hypothek kann nicht ohne Einfluß bleiben auf die Vermuthung, welche nach dem § 1083 in Ansehung der Forderung für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes streitet. Diese Vermuthung müßte die rechtliche Stellung des Eigenthümers gegenüber dem Gläubiger erheblich gefährden, wenn sie ohne Rücksicht auf die Aushändigung des Hypothekenbriefes an den letzteren einträte. Die Frage freilich, wem die Urkunde von dem Grundbuchamte auszuhändigen ist, kann hier nicht entschieden werden, weil sie lediglich das Verfahren betrifft und deshalb in die Grundbuchordnung gehört. Allein so weit läßt sich doch dieser Punkt schon jetzt übersehen, daß seine Regelung mit Rücksicht auf das geltende Recht[3]) und

Aushändigung des Briefes.

---

[1]) Vergl. die Anm. II zu § 1107.

[2]) Oben S. 721 (*a*), 722 (*β*).

[3]) Preuß. Grundb. O. § 122; mecklenb. rev. Hypoth. O. für Landgüter § 13 und Instr. zur rev. Stadtb. O. Nr. 28 und zu dem Ges. über die Grund- und Hypothekenbücher über den Privatgrundbesitz in den schwerinschen Domänen Nr. 25.

das praktische Bedürfniß nur in der Weise erfolgen darf, daß der Eigenthümer, welcher die Eintragung bewilligt, in der Lage ist, sich die Aushändigung des Hypothekenbriefes an seine Person zu sichern. Macht aber der Eigenthümer hiervon Gebrauch, so muß vorausgesetzt werden, daß er die volle Wirksamkeit der Eintragung so lange nicht will, als er die Urkunde nicht dem Gläubiger übergeben haben wird, und der Bethätigung dieses Willens kann das Gesetz, ohne dem Eigenthümer zu nahe zu treten, die Anerkennung nicht versagen. Hierbei ist indessen nicht außer Acht zu lassen, daß der Gläubiger nach § 1109 Abs. 1 die Herausgabe des Hypothekenbriefes und nach § 1075, wenn die Forderung fällig ist, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück verlangen kann. Zur Begründung beider Ansprüche gehört freilich, da die Hypothek nur mit der Forderung besteht, der Beweis der letzteren. Dieser Beweis aber würde, wenn das Gesetz hier etwas Besonderes nicht bestimmte, durch die Eintragung bezw. durch die dieselbe ergänzende, mit dem Hypothekenbriefe verbundene Eintragungsbewilligung nach Maßgabe der §§ 1064 und 1083 geführt werden können. Die Lage des Eigenthümers würde sich mithin in keiner Weise verbessern, wenn etwa das Gesetz sich darauf beschränkte, den Gläubiger in dem vorausgesetzten Falle auf den Nachweis des Schuldverhältnisses zu verweisen. Will man den Eigenthümer wirksam schützen, so muß man ihn von dem an sich ihm obliegenden, nicht selten höchst schwierigen Gegenbeweise, daß die Forderung nicht entstanden sei, entbinden. Dies kann aber dadurch geschehen, daß das Gesetz dem Gläubiger, so lange nicht der Hypothekenbrief demselben ausgehändigt ist, die Führung des Beweises der Forderung durch das Grundbuch und den Hypothekenbrief versagt. In den Landesgesetzen freilich findet sich eine entsprechende Bestimmung nicht. Allein mit dem Gedanken, auf welchem das Institut der Hypothekenurkunde in Preußen und Mecklenburg beruht, dürfte die Lösung, welche der § 1110 enthält, nicht in Widerspruch stehen[1]).

Beschränkung der Vermuthung.

6. Ausschließung der Vormerkung des § 1085 Abs. 2 von der Anwendung auf die Briefhypothek.

§ 1111.

Eine Vorschrift, wie sie der Abs. 2 des § 1085 zum Schutze des Eigenthümers giebt, der eine Darlehenshypothek hat eintragen lassen, ist, wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, einerseits ungerechtfertigt, andererseits entbehrlich. Ungerechtfertigt ist sie, wenn der Hypothekenbrief dem Gläubiger nach den Vorschriften der Grundbuchordnung ausgehändigt oder von dem Eigenthümer selbst übergeben worden ist. Denn dann muß davon ausgegangen werden, daß der Eigenthümer keine Veranlassung gehabt hat, der sofortigen Wirksamkeit der Eintragung entgegenzutreten. Es liegt folglich auch kein Grund vor, ihm einen besonderen Schutz gegen mißbräuchliche Verfügungen

---

[1]) Vergl. das Urth. d. R. G. V Civilsen. v. 14. November 1885, Gruchot's Beitr. 30 S. 706.

über die Hypothek zu gewähren. Entbehrlich dagegen ist die Vorschrift, wenn der Hypothekenbrief in Gemäßheit der Grundbuchordnung dem Eigenthümer auszuhändigen ist. Denn solange der Gläubiger die Urkunde nicht inne hat, kann er über die Hypothek zu Gunsten eines Dritten nach § 1112 überhaupt nicht verfügen, auch gegen ihn eine solche Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 1113 nicht vorgenommen werden. Gegen einen ungegründeten Anspruch auf Herausgabe des Briefes aber ist der Eigenthümer durch den § 1110 hinlänglich gesichert. Einer Vormerkung nach Maßgabe des § 1085 Abs. 2 bedarf es daher zu seinem Schutze nicht.

7. Uebertragung der Briefhypothek.

a) Abtretung.

§ 1112.

Geltendes Recht.

Die Landesgesetze, welche das Institut des Hypothekenbriefes im Sinne des Entwurfes haben, stimmen darin miteinander überein, daß sie die Uebertragung der Hypothekenforderung von der Eintragung in das Grundbuch nicht abhängig machen. Aber während in Preußen, Mecklenburg und anderen Staaten die Hypothek nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes auf den neuen Gläubiger übergeht, knüpfen die Gesetze für Anhalt und Braunschweig die Gültigkeit der Abtretung an die schriftliche Form und die Uebergabe des Hypothekenbriefes[1]). Der Standpunkt des Entwurfes erhellt im Wesentlichen aus den oben S. 616 ff. gepflogenen Erörterungen.

Standpunkt des Entw.

1. Erfordernisse des Geschäftes:

1. Der Hypothekenbrief erfüllt seinen praktischen Zweck für den Verkehr vollkommen nur, wenn ihm die Aufgabe zufällt, die Uebertragung der Hypothekenforderung zu vermitteln, gleichviel ob seine Uebergabe an den neuen Gläubiger als Form des Uebertragungsgeschäftes oder als gesetzliche Bedingung desselben aufgefaßt wird. (Abs. 1.)

a) Uebergabe des Briefes;

a) Die Uebergabe des Hypothekenbriefes als Erforderniß der Abtretung (Satz 1) bietet erhebliche Vortheile. Klar ist ohne Weiteres, daß der Besitz der Urkunde, welcher regelmäßig durch die Uebergabe erworben wird, die Erkennbarkeit des Rechtsüberganges für Alle, welche von demselben berührt werden, wesentlich erleichtert. Die möglichen Zweifel, ob die Erklärung des bisherigen Gläubigers dinglich oder nur obligatorisch gemeint gewesen und ob sie von dem neuen Gläubiger angenommen worden ist, erledigen sich in einfacher Weise; der Zeitpunkt des Ueberganges, der namentlich für den Konkursfall von Wichtigkeit ist, läßt sich mit voller Genauigkeit feststellen. Der neue Gläubiger ist gegen Verfügungen des bisherigen geschützt, sobald ihm der Hypothekenbrief ausgeliefert ist. Das Geschäft wickelt sich glatt ab, da kein Theil nöthig hat, die ihm obliegende Leistung ohne die sofortige Gegenleistung des

---

[1]) Vergl. für Anhalt das Ges., betr. das Pfandrecht an Immobilien v. 13. April 1870 § 35 und für Braunschweig das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 § 55, im Uebrigen oben S. 706 ff.

anderen Theiles zu vollziehen. In Preußen, Mecklenburg ꝛc. kann, obschon daselbst die Hypothekenforderung durch die Abtretung erworben wird, der Erwerber doch die wichtigsten Rechte des Gläubigers nicht ausüben, namentlich den Anspruch aus der Hypothek mit Erfolg nicht geltend machen, auch seine Eintragung nicht erlangen, wenn ihm nicht der Hypothekenbrief ausgehändigt ist. Dies ist aber unleugbar eine Unzuträglichkeit, welche nur dadurch gehoben werden kann, daß die Erwerbung von der Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Erwerber abhängig gemacht wird.

Regelt das Gesetz in solcher Weise die Abtretung, so muß es daneben das Erforderniß der Eintragung, welches der § 1087 aufstellt, fallen lassen. (Satz 3.) Es kann sich nur fragen, ob, falls die Abtretung eingetragen ist, hierdurch der Uebergang des Rechtes bewirkt werden soll, wenn die Uebergabe des Hypothekenbriefes nicht stattgefunden hat. Diese Frage aber ist zu verneinen, weil zwei verschiedene Uebertragungsformen einerseits durch das praktische Bedürfniß nicht gefordert werden, andererseits aber geeignet wären, das betheiligte Publikum zu verwirren und die Sicherheit im Verkehre mit Hypotheken zu gefährden.

Die Vorschriften, welche für die Uebergabe einer beweglichen Sache gelten, finden an sich auch auf die Uebergabe des Hypothekenbriefes Anwendung. Es erscheint jedoch rathsam, die Frage, mit welchem Zeitpunkte im Falle der Zwangsvollstreckung die Uebergabe als bewirkt anzusehen ist, ausdrücklich zu entscheiden. Die Entscheidung wird in dem § 1112 mit Rücksicht auf den § 875 dahin gegeben, daß der Zeitpunkt der Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher maßgebend ist. (Abs. 2.)

b) Der nach § 294 Abs. 1, 2 erforderliche Abtretungsvertrag tritt, wenn die Hypothekenforderung ohne Eintragung der Abtretung in das Grundbuch übertragen wird, an die Stelle des in den §§ 828 ff. nur mit Rücksicht auf das Erforderniß der Eintragung geregelten dinglichen Vertrages, der im Falle der bloßen Buchhypothek gemäß § 1087 unerläßlich ist. Diese Abtretung muß aber, wenn die Forderung durch eine Briefhypothek gesichert ist, an eine bestimmte Form gebunden werden. Indessen bedarf nur die Erklärung des bisherigen Gläubigers, nicht auch die Annahme des Erwerbers, der Formalisirung. b) Beglaubigung der Abtretungserklärung.

a. Die Zulassung mündlicher Uebertragungserklärungen würde nicht im Einklange stehen mit den Grundsätzen, welche für die Uebertragung eingetragener Rechte gelten; sie müßte ferner, ganz abgesehen davon, daß der neue Gläubiger auf Grund einer nur mündlichen Erklärung weder die Eintragung erlangen noch den dinglichen Anspruch erheben könnte, zu einer großen Rechtsunsicherheit führen, weil beim Vorhandensein mehrerer zu Gunsten verschiedener Personen abgegebener Erklärungen es in vielen Fällen zweifelhaft sein würde, welche dieser Erklärungen zuerst abgegeben und ob sie dinglich oder nur obligatorisch gemeint wäre. Der Erwerber kann zwar nach § 301 eine beglaubigte Abtretungserklärung von dem bisherigen Gläubiger fordern. Hierdurch wird aber den hervorgehobenen Unzuträglichkeiten durchaus nicht die praktische Bedeutung entzogen.

β. Die schriftliche Beurkundung der Abtretungserklärung genügt ebenfalls nicht. Vielmehr läßt sich der Zweck, welcher durch die Formalisirung derselben erstrebt wird, nur erreichen, wenn eine solche Form vorgeschrieben wird, welche Jeden, der eine Briefhypothek erwerben will, der Nothwendigkeit einer Prüfung der Aechtheit früherer Uebertragungen überhebt. Diesen Dienst kann aber nur eine öffentliche Form leisten. Dieselben Gründe, welche oben für die Uebergabe des Hypothekenbriefes als Erforderniß der Uebertragung angeführt sind, sprechen dafür, daß die Erklärung der Uebertragung in öffentlicher Form vorhanden sein muß. Eine solche Form liegt auch im Grunde schon in der Konsequenz des § 1087. Denn wenn nach diesem Paragraphen die bloße Buchhypothek nur durch Eintragung abgetreten, die Eintragung aber nur auf eine beglaubigte Erklärung vorgenommen werden kann, so ist der allgemeine Gedanke hiervon der, daß die Uebertragung der Hypothekenforderungen sich in öffentlicher Form vollziehen soll. Diesem Erfordernisse aber läßt sich, soweit das Eintragungsprinzip aufgegeben wird, in entsprechender Weise nur dadurch genügen, daß außer der Uebergabe des Hypothekenbriefes auch die öffentliche Beurkundung, d. h. hier die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Abtretungserklärung, vorgeschrieben wird. Wollte man zur Gültigkeit der letzteren nur die einfache Schriftform verlangen, so würde doch, um den Gläubiger zur Geltendmachung der Hypothek und zur grundbuchmäßigen Verfügung über dieselbe zu legitimiren, immer die nachträgliche Beglaubigung sich nöthig machen, und diese zu erlangen, nachdem die Hypothek mehrmals den Gläubiger gewechselt hätte, könnte mit großen, bisweilen unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden sein, hierdurch aber die Rechtssicherheit in einem bedenklichen Grade gefährdet werden. Dagegen würde es zu weit gehen, wenn das Gesetz nur eine gerichtlich oder notariell *aufgenommene* Abtretungserklärung als gültig anerkennen wollte. Die notarielle oder gerichtliche *Beglaubigung* der schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (Satz 2) bietet dieselbe Sicherheit, und daß sie den Betheiligten in großen Gebieten, namentlich in Preußen, weit geringere Kosten verursacht als die förmliche Aufnahme der Erklärung durch das Gericht oder den Notar, ist nach den bestehenden Gebührengesetzen nicht zweifelhaft. Bedenklich aber würde es sein, die Zuständigkeit für die Beglaubigung außer den Notaren und den Gerichten hier noch anderen Behörden einzuräumen.

γ. Ob die Uebertragungserklärung auf den Hypothekenbrief gesetzt oder auf einem besonderen Blatte beurkundet wird, ist auf die Gültigkeit des Geschäftes ohne Einfluß. Ein Bedürfniß, den Hypothekenbrief zu einem indossabelen Papier zu machen, ist nicht anzuerkennen. Zu beachten ist auch, daß, wenn nach einer Reihe von Uebertragungen der durch dieselben legitimirte Erwerber sich in das Grundbuch eintragen läßt, alle bisherigen Uebertragungen für den Verkehr ihren Werth verlieren, den Brief mithin zwecklos beschweren würden, wenn sie mit demselben verbunden bleiben müßten.

2. Abtretung d Ford. wegen Zinsen und Kosten.

2. Die Vorschriften des § 1090 Abs. 1 sind nach den Gründen, auf welchen sie beruhen, auch dann anwendbar, wenn über die Hypothek ein Hypothekenbrief ertheilt ist. Gegenüber der allgemeinen Fassung des § 1112 Abs. 1 empfiehlt es sich, dies in dem Gesetzbuche hervorzuheben. (Abs. 3.)

b) Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 1113.

Urtheil

Die Uebertragung der Hypothekenforderung kann auch durch einen gegen den bisherigen Gläubiger vollstreckbaren Spruch des Gerichtes herbeigeführt werden. Besteht dieser Spruch in einer Verurtheilung des Gläubigers zur Uebertragung bezw. zur Abgabe der Abtretungserklärung, so tritt nach näherer Bestimmung der C. P. O. § 779 Abs. 1 mit der Rechtskraft oder der Vollstreckbarkeit des Urtheiles dieselbe Wirkung ein, wie wenn der Gläubiger die Abtretung erklärt hätte; die Hypothekenforderung geht mit der Uebergabe des Briefes gemäß § 1112 auf den neuen Gläubiger über. Besteht dagegen der Spruch des Gerichtes in der Ueberweisung der Hypothekenforderung an den Exekutionssucher, um diesen wegen einer vollstreckbaren Geldforderung an den Hypothekengläubiger zu befriedigen, so muß, wenn hierauf der § 1112 entsprechend angewendet werden soll, es besonders bestimmt werden. Der Entwurf trifft diese Bestimmung unter § 1113, indem er davon ausgeht, daß die beiden Uebertragungsarten nicht nach verschiedenen Grundsätzen geregelt werden können, wenn nicht eine störende Ungleichheit in das Gesetzbuch hineingetragen werden soll.

Ueberweisung.

Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses.

Unbedenklich ist mit Rücksicht auf die Vorschriften der C. P. O. § 736 Abs. 3 und des Entwurfes § 294 Abs. 3 und § 1088 Satz 2, daß der Abtretungsvertrag, welchen der § 1112 für die rechtsgeschäftliche Uebertragung fordert, durch den Ueberweisungsbeschluß des Gerichtes ersetzt wird, sobald die Zustellung desselben an den Drittschuldner erfolgt ist. Fraglich kann nur sein, ob das praktische Bedürfniß, dessen Befriedigung der § 1112 bezweckt, dazu nöthigt, auch im Falle der Ueberweisung von dem Eintragungsprinzipe des § 1087 abzuweichen und also die Uebertragung von der Uebergabe des Hypothekenbriefes abhängig zu machen. Indessen wenn auch diese Frage zu verneinen ist und der hieraus sich ergebende Grund gegen die Gleichstellung der Ueberweisung mit der Abtretung nicht unterschätzt werden darf, so muß doch dem oben für die Gleichstellung angeführten Grunde das Uebergewicht beigelegt werden, zumal auch die Uebertragung durch richterliches Urtheil der von dem bisherigen Gläubiger erklärten Uebertragung gleichgestellt wird. Wollte man für die Uebertragung durch Ueberweisung bei dem Erfordernisse der Eintragung stehen bleiben, so würde hierin eine Ausnahme von der in § 1112 für die Briefhypothek aufgestellten Regel liegen. Die Ausnahme aber läßt sich durch die allgemeinen Vortheile, welche mit dem Eintragungsprinzipe verbunden sind, nicht rechtfertigen.

Eintragung.

c) Inhabung des Hypothekenbriefes als Ersatz der Eintragung des Inhabers als Gläubigers.

§ 1114.

Nicht eingetragene Uebertragung.

Nach der Art und Weise, wie die Uebertragung der Hypothekenforderung in den §§ 1112 und 1113 geregelt wird, ist die Inhabung des Hypothekenbriefes von der größten Wichtigkeit für die Ausübung des dinglichen Rechtes. Ver-

hältnißmäßig einfach liegt der Fall, wenn der Inhaber unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger sein Recht ableitet. In diesem Falle genügt die Vorlegung des Hypothekenbriefes und der auf den Inhaber desselben lautenden Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers. Ein besonderer Beweis dafür, daß der nach § 1112 erforderliche Abtretungsvertrag zwischen beiden geschlossen und in Rücksicht hierauf der Hypothekenbrief übergeben worden sei, ist nicht erforderlich. Vielmehr spricht bis zum Beweise des Gegentheiles die Vermuthung für den Uebergang des Gläubigerrechtes auf den Inhaber der Urkunden. Dies ergiebt sich aber zur Genüge schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und braucht hier um so weniger ausgesprochen zu werden, als der Inhaber nach § 1115 jederzeit in der Lage ist, unter Vorlegung des Briefes und der Abtretungserklärung bei dem Grundbuchamte, sich als Gläubiger eintragen zu lassen. Weniger einfach dagegen ist der Fall, wenn die Hypothekenforderung mehrmals übertragen und die Uebertragungen nicht in das Grundbuch eingetragen worden sind. Diesen Fall regelt der Entwurf in dem § 1114.

Mehrere nicht eingetrag. Uebertragungen.

1. Legitimation durch die Uebertragungsurk

1. Vorausgesetzt wird, daß die Abtretungserklärungen und die Ueberweisungsbeschlüsse oder, wenn ein gesetzlicher Uebergang vorgekommen ist, die diesen beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen und das Recht des Briefinhabers als Gläubigers ergeben. Fehlt eine Urkunde gänzlich oder ist sie zwar vorhanden, aber nicht geeignet, das zu beweisen, was durch sie zu beweisen ist, so kann durch die Inhabung des Hypothekenbriefes der Uebergang des Gläubigerrechtes auf den Inhaber nicht dargethan werden. Es handelt sich hier nur um solche dem Rechte eines früheren Inhabers anhaftende Mängel, welche weder aus dem Briefe noch aus den Uebergangsurkunden ersichtlich sind. Ein derartiger Mangel kann sowohl das Erforderniß der Uebergabe des Hypothekenbriefes als auch das Erforderniß des Uebertragungsvertrages oder, wenn ein Vertrag nicht in Frage ist, des sonstigen die Uebertragung bedingenden Vorganges betreffen.

2. Schutz der Uebertragung

2. Die Rechtsnorm, welche der § 1114 an die gekennzeichnete Voraussetzung knüpft, beruht auf der Nothwendigkeit eines besonderen Schutzes des Briefinhabers gegen die Geltendmachung nicht ersichtlicher Mängel[1]). Der öffentliche Glaube des Grundbuches gewährt diesen Schutz nur insoweit, als zu Gunsten des Inhabers nach Maßgabe der §§ 837 und 1083 der Inhalt des Buches als richtig gelten muß, also regelmäßig davon auszugehen ist, daß die Hypothekenforderung dem eingetragenen Gläubiger bis zu ihrer Uebertragung auf dessen Nachmann zugestanden habe. Dies kann jedoch als ausreichend nicht angesehen werden.

a) gegen Mängel früherer Uebertr.,

a) Bezüglich des Hypothekenbriefes erhebt sich die Frage, ob nicht zu Gunsten des legitimirten Inhabers desselben die Uebertragung ohne Einschränkung auch dann als wirksam zu behandeln ist, wenn die Uebergabe des Briefes an einen Vormann überhaupt nicht stattgefunden hat. Indessen nöthigt die Rücksicht auf den reellen Verkehr den Gesetzgeber nicht, so scharf in die Rechtskonsequenz einzugreifen. Das praktische Bedürfniß verlangt nur, daß

[1]) Siehe oben S. 616, 617.

demjenigen, welcher bei der Erwerbung der Hypothekenforderung den Mangel der Briefübergabe nicht gekannt hat, gegen die Geltendmachung dieses Mangels Schutz gewährt werde. Ein so beschränkter Schutz ist um so mehr genügend, als, wenn einmal der Mangel der Uebergabe durch die Unkenntniß des Erwerbers geheilt ist, bei späteren Uebertragungen die Kenntniß von dem Mangel nicht mehr in Betracht kommt.

Die Richtigkeit des Inhaltes der Uebertragungsurkunden, welche das Gläubigerrecht eines Vormannes begründen, muß im Interesse der Rechtssicherheit dem Erwerber der Hypothekenforderung ebenso gewährleistet werden, wie die Uebergabe des Hypothekenbriefes an einen früheren Inhaber. Wollte man davon ausgehen, daß Mängel im Rechte eines Vormannes, obschon sie aus den Urkunden nicht ersichtlich und auch sonst dem Erwerber der Forderung nicht bekannt geworden wären, dem Erwerber dennoch entgegenständen, so würde das Institut der Briefhypothek, anstatt den reellen Verkehr zu fördern, für denselben eine Falle werden und folglich seinen praktischen Werth verlieren. Die Pflicht, die Berechtigung des Briefinhabers zur Uebertragung zu prüfen, muß darauf beschränkt werden, ob der Uebergang der Forderung auf denselben durch eine ununterbrochene Reihe formgerechter, die Uebertragung ergebender Urkunden vermittelt wird. Zu einer weiteren Prüfung der beurkundeten Vorgänge ist derjenige, welcher eine Hypothekenforderung erwerben will, der Regel nach gar nicht im Stande. Die billige Rücksicht auf ihn fordert daher, ihn im Falle der Erwerbung ebenso sicherzustellen, wie wenn sein Rechtsurheber in das Grundbuch eingetragen wäre.

Denkbar wäre es freilich, den Erwerber dadurch zu schützen, daß die Uebertragung der Briefhypothek ähnlich wie die Uebertragung des Eigenthumes beweglicher Sachen geregelt würde. Einer solchen Regelung steht aber zunächst schon das Bedenken entgegen, daß durch dieselbe der Hypothekenbrief zu einem selbständigen Gegenstande des Eigenthumes erhoben, mit dem Prinzipe des § 1109 Abs. 1 mithin gebrochen werden müßte. Sodann fällt ins Gewicht, daß die nach § 877 für den Mobiliarverkehr geltende Gleichstellung der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß des Erwerbes mit der Kenntniß desselben auf den Hypothekenverkehr nicht übertragen werden könnte, ohne die Sicherheit desselben zu gefährden. Nun wird freilich durch die beglaubigten Uebertragungsurkunden die Annahme einer groben Fahrlässigkeit in vielen Fällen ausgeschlossen sein. Allein in allen Fällen wird dies nicht zutreffen. Giebt man aber jene Gleichstellung auf, so fehlt der Parallele mit dem Mobiliarverkehre überhaupt die Grundlage. Dann liegt es näher, das Verhältniß zu Gunsten des Erwerbers der Hypothekenforderung so zu beurtheilen, wie im Falle der Eintragung des Rechtsurhebers, und also auch die Ausnahme, welche der § 879 hinsichtlich der gestohlenen ꝛc. Sachen macht, fallen zu lassen. Hierdurch gewinnt man den für die Einfachheit und das Verständniß des Gesetzbuches sowie für die gedeihliche Wirksamkeit des Institutes der Briefhypothek nicht zu unterschätzenden Vortheil, daß der Schutz des Erwerbers der Hypothek gegen die Folgen von Mängeln in dem Rechte eines Vormannes an einen Hauptgrundsatz des Hypothekenrechtes, das Eintragungsprinzip nämlich, angelehnt wird.

b) durch den öffentl. Glauben.

b) Gilt zu Gunsten des Erwerbers der Rechtsurheber desselben vermöge der Inhabung des Hypothekenbriefes und der ihn legitimirenden Uebertragungsurkunden als der eingetragene Gläubiger, so überträgt sich der öffentliche Glaube des Grundbuches ohne Weiteres auf diese Urkunden, so zwar, daß der Erwerber sich auf deren Inhalt zum Schutze der Erwerbung gegen die Rechte Dritter berufen kann. Um hierüber keinen Zweifel zu lassen, erscheint es rathsam, die entsprechende Anwendung der §§ 837—839 ausdrücklich vorzuschreiben.

Behandlung des Briefinhabers als eingetr. Gl.

Die Anwendung der §§ 837 und 839 bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Was dagegen den § 838 anlangt, so trifft derselbe hauptsächlich die Fälle, wenn ein dem Gläubiger gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft, z. B. eine Kündigung, von dem Eigenthümer gegen den ordnungsmäßig legitimirten Briefinhaber vorgenommen oder an diesen eine Zahlung bezw. eine Abschlagszahlung geleistet ist, welche der Gläubiger zu fordern hatte, und hinterher sich ergiebt, daß der Briefinhaber nicht der Gläubiger war. In diesen Fällen gilt das Geschäft bezw. die Zahlung zu Gunsten des Eigenthümers, welcher den Mangel in dem Rechte des Briefinhabers nicht kannte, auch gegen den (wahren) Gläubiger. Die Geltung ist namentlich nicht davon abhängig, daß der Hypothekenbrief dem Eigenthümer ausgeliefert oder mit dem Vermerke der Zahlung ꝛc. versehen ist. Man kann nicht sagen, daß der Rechtsvorgang, auf welchen der Eigenthümer sich stützt, ohne die Auslieferung oder den Vermerk nicht allein ordnungswidrig, sondern auch rechtlich unvollkommen sei. Der Gläubiger, welcher den Hypothekenbrief zurückerlangt, ist auch nicht in der Lage, sich auf den § 837 zu berufen, da die Ueberwindung des falschen Gläubigers nicht unter den Begriff der Erwerbung des hypothekarischen Rechtes fällt.

Der § 837 steht nur dem Dritten zur Seite, der die Hypothek durch Uebergabe des Briefes in Unkenntniß der an sich dem Gläubiger entgegenstehenden Vorgänge erwirbt. Hat z. B. der Eigenthümer Zahlung geleistet, ohne dieselbe auf dem Hypothekenbriefe vermerken zu lassen, so muß er nochmals zahlen, um die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden.

d) Eintragung der Uebertragung in das Grundbuch.

§ 1115.

Vortheile der Eintragung.

Die Landesgesetze, welche die Uebertragung der Hypothekenforderung von der Eintragung nicht abhängig machen, gestatten doch die Eintragung[1]), um den Inhalt des öffentlichen Buches mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu setzen und dem Gläubiger die Vortheile zu sichern, welche mit der Eintragung verbunden sind. Vom Standpunkte des Entwurfes sind diese Vortheile nicht zu unterschätzen. Der neue Gläubiger wird dadurch, daß er sich in das Grundbuch eintragen läßt, der Nothwendigkeit überhoben, den Ueber-

[1]) Vergl. die preuß. Grundb. O. §§ 79 ff., das bayr. Hypoth. Ges. §§ 26, 53, 151, das württemb. Pfandges. Art. 72, 84, 85; im Uebrigen v. Roth, deutsches Priv. R. § 315 Bd. 3 S. 669 ff.

gang des Rechtes auf ihn zu beweisen[1]). So lange er nicht eingetragen worden, ist er der Gefahr ausgesetzt, daß der bisherige Gläubiger die Zinsen forterhebt oder, wenn er auf irgend eine Weise den Hypothekenbrief in die Hände bekommt, zu Gunsten eines Dritten über die Hypothek verfügt[2]). Auch darf nur der eingetragene Gläubiger darauf rechnen, daß er von einem Wechsel in der Person des Eigenthümers und von anderen sein Interesse berührenden Thatsachen, namentlich von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, amtlich benachrichtigt wird.

Voraussetzung der Eintragung.

Wenn hiernach dem neuen Gläubiger die Eintragung der Uebertragung nicht versagt werden kann, so fragt es sich nur, wie der Antrag desselben zu begründen ist. Die Landesgesetze, welche die Eintragung von dem Nachweise eines Titels abhängig machen, verlangen meist den urkundlichen Beweis des Ueberganges der Hypothekenforderung. In Mecklenburg und Braunschweig muß außer der Hypothekenurkunde die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers vorgelegt werden[3]). Dasselbe wird in der preuß. Grundb. O. §§ 79 ff. vorgeschrieben, während nach dem Gesetze über den Eigenthumserw. ꝛc. § 53 die Eintragung der Abtretung „nur auf Grund der Bewilligung des Gläubigers oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zur Bewilligung oder auf Grund eines Ersuchens einer zuständigen Behörde gegen den eingetragenen Gläubiger erfolgen" darf. In Bayern pflegt die Bewilligung des bisherigen Gläubigers zur Eintragung des Erwerbers nach dem Hypoth. Ges. §§ 107 und 153 für genügend gehalten zu werden[4]). Im Falle der Ueberweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung wird die Uebertragung nach einigen Gesetzen auf das Ersuchen des Gerichtes, nach anderen auf den unmittelbar bei der Buchbehörde unter Vorlegung des Ueberweisungsbeschlusses bezw. des Hypothekenbriefes zu stellenden Antrag des neuen Gläubigers eingetragen[5]).

Vorlegung der Urkunden.

Vom Standpunkte des Entwurfes kann, wenn der Rechtsübergang sich außerhalb des Grundbuches vollzogen hat, eine Eintragungsbewilligung des gewesenen Berechtigten als Voraussetzung der Eintragung des Ueberganges nicht verlangt werden[6]). Beantragt der Erwerber einer Hypothekenforderung die Umschreibung auf seinen Namen, so muß er sich als solchen durch Vorlegung des Hypothekenbriefes und der nach den §§ 1112—1114 erforderlichen Uebertragungsurkunden ausweisen. Es erscheint nicht bedenklich, die dem Grundbuchamte obliegende Sachprüfung darauf zu erstrecken, ob die vorgelegten Urkunden die Uebertragung begründen. Führt die Prüfung zur Bejahung der Frage, so muß dem Eintragungsantrage stattgegeben werden.

---

[1]) §§ 826, 1083.

[2]) §§ 837, 1083, 1108, 1114.

[3]) Mecklenb. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 §§ 18, 19, Stadtb. O. v. 21. Dezember 1857 § 22, Dom. Hypoth. O. für Schwerin v. 2. Januar 1854 § 17 und Strelitz v. 24. Dezember 1872 § 28; braunschw. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 8. März 1878 § 54.

[4]) Gegen diese Praxis Regelsberger § 87 Note 20 S. 431.

[5]) Oben S. 247 Anm. 5, 6.

[6]) Vergl. §§ 828, 836, 843, 871, 1088, 1096, 1103.

e) Kenntniß des Inhaltes des Hypothekenbriefes.

§ 1116.

Widerspruch zwischen Brief und Grundb.

Der Hypothekenbrief hat an sich weder den öffentlichen Glauben, welcher dem Grundbuche beigelegt wird, noch die Aufgabe, durch seinen Inhalt eine zur Vollendung des dinglichen Vertrages erforderliche Eintragung in das Buch zu ersetzen. Wenn daher in dieser oder in jener Beziehung Buch und Brief inhaltlich sich nicht decken, so entscheidet das Buch. Dagegen kann der Hypothekenbrief im einzelnen Falle die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches ausschließen.

Einreden aus dem Briefe.

Unter den Landesgesetzen enthält, wie es scheint, nur das anhalt. Grundb. Ges. in seinem § 36 eine Bestimmung, durch welche die aus der Hypothekenurkunde hervorgehenden Einreden in ihrer Wirksamkeit gegen die hypothekarische Klage den aus dem Grundbuche sich ergebenden Einreden gleichgestellt werden. Das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. spricht die Zulässigkeit der aus der Urkunde sich ergebenden Einreden gegen den dinglichen Anspruch eines Dritten nur in Ansehung der Grundschuld aus (§ 38). Ein stichhaltiger Grund indessen, aus welchem diese Einreden gegen den hypothekarischen Anspruch versagen müßten, ist nicht vorhanden.

Einsicht des Briefes.

Das Gesetz muß zum Schutze von Treu und Glauben im Verkehre davon ausgehen, daß Niemand eine Briefhypothek erwerben wird, ohne vorher Kenntniß von dem Inhalte des Briefes genommen zu haben. Alle Thatsachen mithin, welche aus dem Hypothekenbriefe, und zwar gleichviel ob aus dem ursprünglichen Inhalte desselben oder aus späteren Vermerken z. B. Quittungen hervorgehen, müssen als dem Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes an derselben zur Zeit der Erwerbung bekannt geworden angesehen werden. Jeder, der den Anspruch aus der Hypothek erhebt, muß sich so behandeln lassen, als habe er vor der Erwerbung den Hypothekenbrief und die auf demselben befindlichen Vermerke gelesen, ohne mit der Behauptung gehört zu werden, daß er von dem Inhalte der Urkunde keine Kenntniß erlangt habe.

Kenntniß des Briefinhaltes.

Daß die Kenntniß, welche durch den Hypothekenbrief vermittelt wird, hier nur für die Anwendung der §§ 837, 838 in Betracht kommt, ist nicht zweifelhaft. Eine ausdrückliche Vorschrift aber, durch welche die fragliche Funktion des Briefes bestimmt wird, ist mindestens rathsam, um einer gegentheiligen Auffassung, zu welcher der Wortlaut des § 837 Abs. 2 Anlaß geben könnte, vorzubeugen.

Veräußerungsverbot.

Zu den Thatsachen, um welche es sich hier handelt, gehören auch die gerichtlichen Veräußerungsverbote, da das Gericht, von welchem ein solches Verbot erlassen wird, die zu dessen Wirksamkeit geeigneten Maßregeln nach der C. P. O. § 817 zu treffen hat, das Verbot mithin auch auf dem Hypothekenbriefe vermerken darf.

Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundb.

Zweifellos ist ferner, daß auch Thatsachen, welche zur Rechtfertigung eines Widerspruches gegen die Richtigkeit des Grundbuches dienen, auf dem Briefe beurkundet werden können. Es empfiehlt sich jedoch nicht, den Widerspruch selbst als möglichen Inhalt eines derartigen Vermerkes zu bezeichnen, weil hierdurch dem Mißverständnisse Raum gegeben würde, als ob es zulässig

wäre, die nach den §§ 844 und 845 zur Veröffentlichung eines Widerspruches gegen die Richtigkeit des Grundbuches bestimmte Vormerkung anstatt in das Buch in den Hypothekenbrief einzutragen.

8. Geltendmachung der Rechte des Gläubigers.

a) Grundsatz.

§ 1117.

Regel.

1. Eine Hauptverschiedenheit zwischen der Briefhypothek und der Buchhypothek zeigt sich bei der Geltendmachung des Rechtes. Diese Verschiedenheit ist eine Folge der verschiedenen Regelung der Uebertragung. Die Buchhypothek kann sowohl im Falle der Abtretung als im Falle der Ueberweisung gemäß §§ 1087, 1088 nur durch Eintragung auf einen Anderen übertragen, mithin nur von demjenigen geltend gemacht werden, welcher als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen worden ist. Die Uebertragung der Briefhypothek dagegen erfolgt nach §§ 1112, 1113 außerhalb des Buches; die Geltendmachung derselben steht daher nicht blos dem eingetragenen Gläubiger, sondern auch dessen Rechtsnachfolger zu.

Die preuß. Grundbuchgesetze enthalten keine besondere Bestimmung darüber, wie der Gläubiger, welcher sein dingliches Recht verfolgt, sich zu legitimiren hat. Das mecklenb. Recht betont die Beibringung des Hypothekenscheines[1]). Der Standpunkt des Entwurfes wurde bereits früher dargelegt[2]). Nach ihm muß der Gläubiger mit Rücksicht auf die Regelung der Uebertragung in den §§ 1112 ff. seinem Gegner nicht blos die Erwerbung der Hypothek seinerseits beweisen, sondern durch Vorlegung des Hypothekenbriefes und, wenn er nicht als Gläubiger eingetragen ist, der Uebertragungsurkunden den Nachweis führen, daß ihm noch jetzt das Gläubigerrecht zustehe. Es genügt nicht, die Vorlegung der Urkunden als Voraussetzung des gerichtlichen Urtheiles und vielleicht noch für einige ähnliche Fälle vorzuschreiben. Vielmehr muß das Prinzip zur Klarstellung der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefes mit voller Deutlichkeit ausgesprochen werden. Die einzelnen Fälle, in welchen es angewendet zu werden verdient, würden sich in dem Gesetzbuche kaum vorsehen lassen, während die Fälle, in welchen es nicht im vollen Umfange Platz zu greifen hat, weit leichter zu übersehen sind.

Vorlegung des Briefes ꝛc.

Ausnahmen.

2. Das Prinzip, daß zur Geltendmachung der Hypothek die Vorlegung des Hypothekenbriefes erforderlich ist, findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger von seinem Gegner die Herausgabe der Urkunde auf Grund des § 1109 verlangt. Auch kann der Eigenthümer, gegen welchen der Anspruch aus der Hypothek erhoben wird, sich dann nicht auf das Prinzip berufen, wenn er selbst den Hypothekenbrief ausgehändigt erhalten hat und zur Herausgabe desselben an den Gläubiger verpflichtet ist. Beides ist aber so selbstverständlich, daß es in dem Gesetzbuche nicht ausgesprochen zu werden braucht.

---

[1]) v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. Recht § 22.

[2]) Oben S. 617.

b) Mahnung und Kündigung.

§ 1118.

Mahnung ꝛc. ohne Vorlegung der Uebertragungsurkunden.

1. Wollte man die Mahnung und die Kündigung des Gläubigers ohne Einschränkung unter das Prinzip des § 1117 stellen, so würde sich die Unwirksamkeit dieser Geschäfte für den Fall ergeben, daß dieselben von dem Gläubiger ohne Vorlegung des Hypothekenbriefes bezw. der Uebertragungsurkunden vorgenommen wären. Ein solches Ergebniß würde aber wenig befriedigen, weil es dem Eigenthümer eine Handhabe böte, die Erklärung des Gläubigers, an deren Rechtsgültigkeit zu zweifeln er keine Veranlassung hatte, hinterher als unwirksam zu rügen und hierdurch die Rechtsverfolgung des Gläubigers zu erschweren. Das berechtigte Interesse des Eigenthümers erheischt nur, daß derselbe die ohne Vorlegung der Urkunden erklärte Kündigung oder Mahnung bei oder unverzüglich nach der Vornahme des Geschäftes zurückweisen kann. Der Entwurf schränkt deshalb das Prinzip des § 1117 hier insofern ein, als er die Mahnung und die Kündigung wegen mangelnder Urkundenvorlegung nur dann als unwirksam gelten läßt, wenn der Eigenthümer aus diesem Grunde die an ihn gerichtete Erklärung ohne Verzug zurückgewiesen hat.

2. Die Vorschrift des § 308 findet keine Anwendung, wenn der mahnende oder kündigende Gläubiger im Grundbuche eingetragen ist und den Hypothekenbrief vorlegt; in diesem Falle kommt es für die Legitimation des Gläubigers nicht darauf an, ob der bisherige Gläubiger dem Eigenthümer Anzeige von der Uebertragung gemacht oder der neue Gläubiger eine öffentlich beglaubigte Uebertragungsurkunde vorgelegt hat. Ist dagegen der Gläubiger nicht eingetragen, so muß er zu seiner Legitimation nicht blos den Hypothekenbrief, sondern auch die Uebertragungsurkunden vorlegen; sonst ist die Mahnung oder die Kündigung gemäß § 308 unwirksam.

Das Vorstehende ergiebt sich in Ansehung des Hypothekenbriefes aus dem § 1118, in Ansehung der Uebertragungsurkunden aber aus dem § 308 bei dessen Anwendung auf den Fall der Uebertragung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung. Eine besondere Vorschrift zur Klarstellung des Verhältnisses der beiden Paragraphen zu einander ist somit entbehrlich.

c) Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer.

§ 1119.

Gänzliche Befriedigung.

1. Der Gläubiger, welcher von dem Eigenthümer befriedigt wird, muß gegen die Befriedigung (Zug um Zug) dem Eigenthümer diejenigen Urkunden aushändigen, deren derselbe bedarf, um über die nach § 1094 auf ihn übergehende Post verfügen oder dieselbe im Grundbuche auf seinen Namen umschreiben oder löschen lassen zu können[1]). Vielleicht kann die Erstreckung dieser aus dem Prinzipe des § 1096 sich ergebenden Verpflichtung auf die Aushändigung des Hypothekenbriefes schon aus den §§ 1109, 1112 ff. hergeleitet werden. Jedenfalls liegt sie, auch nach dem geltenden Rechte, in der Kon-

[1]) Vergl. die §§ 289, 271, 301.

sequenz der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefes und der praktischen Bedeutung desselben für das Gläubigerrecht[1]). Das bürgerliche Gesetzbuch darf aber über diesen Punkt bei der Wichtigkeit, welche demselben beiwohnt, keinem Zweifel Raum geben. Eine ausdrückliche Bestimmung, durch welche der Gläubiger zur Aushändigung auch des Hypothekenbriefes an den ihn befriedigenden Eigenthümer verpflichtet wird, bietet überdies den technischen Vortheil, daß an sie die Regelung des Falles einer nur theilweisen Befriedigung in angemessener Weise sich anschließen läßt.

Theilweise Befriedigung.

2. Wenn der Gläubiger nur wegen eines Theiles der Forderung befriedigt wird, so behält für ihn der Hypothekenbrief in Ansehung des Rechtes seine Bedeutung. Von einer Verpflichtung seinerseits, dem Eigenthümer die Urkunde auszuhändigen, kann somit keine Rede sein. Wohl aber muß der Eigenthümer dagegen geschützt werden, daß der Gläubiger fernerhin den Hypothekenbrief benutzen kann, um über die Forderung auch insoweit, als ihm dieselbe nicht mehr zusteht, zu Gunsten eines Dritten wirksam zu verfügen. Eine solche Verfügung ist nach § 1116 ausgeschlossen, wenn der Hypothekenbrief selbst die wirkliche Sachlage bekundet. Dem Eigenthümer muß daher das Recht eingeräumt werden, von dem Gläubiger zu verlangen, daß dessen theilweise Befriedigung auf dem Briefe vermerkt werde. Zur Klarstellung des Verhältnisses erscheint es gegenüber dem Schweigen der Landesgesetze rathsam, in dem Gesetzbuche hervorzuheben, daß die Vermerkung der Theilbefriedigung auf dem Briefe an die Stelle der Aushändigung desselben tritt. (Abs. 2 Satz 1.)

Der Eigenthümer muß ferner, da er den Theil, wegen dessen der Gläubiger von ihm befriedigt wird, gemäß § 1095 erwirbt, berechtigt sein, diesen Theil im Grundbuche löschen oder auf seinen Namen umschreiben zu lassen und, weil weder die Löschung noch die Umschreibung erfolgen darf, ohne auf dem Hypothekenbriefe vermerkt zu werden, die Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt zu fordern. Für den Fall aber, daß er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, hat das Gesetz ihm die Möglichkeit der Verfügung über die Theilhypothek nach Maßgabe der §§ 1112 ff. zu gewähren. Dies kann, wie das geltende Recht ergiebt[2]), nur dadurch geschehen, daß von dem in den Händen des theilweise befriedigten Gläubigers verbleibenden Hypothekenbriefe ein besonderer Brief über den Theil gebildet wird. Der Theilhypothekenbrief darf aber als ein öffentliches Zeugniß nur unter öffentlicher Autorität gebildet werden. Die Zuständigkeit für dieses Geschäft gebührt nicht dem Grundbuchamte ausschließlich. Vielmehr empfiehlt es sich im Interesse der Erleichterung des Hypothekenverkehres, nach dem Vorgange der preuß. Grundb. O. § 83, auch gerichtlich oder notariell gefertigte Theilhypothekenbriefe zuzulassen. Der Gläubiger muß daher in dem vorausgesetzten Falle den Hypothekenbrief auf Verlangen des Gläubigers dem Grundbuchamte oder einem zuständigen

Bildung eines Theilhypothekenbriefes.

---

[1]) Oben S. 617.

[2]) Vergl. die preuß. Grundb. O. § 83 und die Grundb. O. für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc.; ferner für Mecklenburg die revid. Hypoth. O. für Landg. § 27 Nr. 5 und die revid. Stadth. O. § 78 Nr. 5; für Anhalt das Pfandgef. v. 13. April 1870 § 35, für Rudolstadt das Hypoth. Gef. v. 6. Juni 1856 § 77.

Gerichte oder Notare zum Zwecke der Bildung eines Theilhypothekenbriefes vorlegen. (Satz 2.)

d) Geltendmachung des persönlichen Anspruches.

§ 1120.

Wenn der Hypothekengläubiger nur den persönlichen Anspruch geltend macht, so kommt es darauf an, ob der Schuldner zugleich der Eigenthümer ist oder nicht.

1. Ist der Schuldner der Eigenthümer, so können die Fälle der §§ 1117—1119 nicht verschieden geregelt werden, je nachdem der Gläubiger den dinglichen oder den persönlichen Anspruch erhebt. Vielmehr müssen die angeführten Paragraphen auch in dem letzteren Falle zur Anwendung kommen. Es genügt, in dieser Hinsicht auf die Begründung der entsprechenden Vorschrift des § 1096 Abs. 2 zu verweisen.

2. Ist der Schuldner nicht der Eigenthümer, so sind für das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger die nach § 1108 auch im Falle der Briefhypothek geltenden Vorschriften des § 1096 maßgebend. Was dagegen die §§ 1117—1119 betrifft, so kann deren Anwendung auf jene Voraussetzung nicht vorgeschrieben werden. Das praktische Bedürfniß fordert nicht, daß die Zulassung der Schuldklage und die Wirksamkeit einer Mahnung oder einer Kündigung hier von der Vorlegung des Hypothekenbriefes bezw. der den Gläubiger legitimirenden Uebertragungsurkunden abhängig gemacht werden. Erhebt der Gläubiger den Anspruch auf Zahlung der Schuldsumme, so muß er freilich in erster Linie beweisen, daß ihm die Forderung zustehe. Aber es ist nicht nöthig, in Abweichung von dem § 193 diese Beweisführung der Vorschrift des § 1117 zu unterwerfen. Gegen die Mahnung und die Kündigung eines Nichtberechtigten ist der Schuldner hinlänglich durch die Bestimmungen des § 308 geschützt, ohne daß auf den besonderen Schutz, welchen der § 1118 dem Eigenthümer gewährt, zurückgegriffen werden müßte. Der § 1119 endlich paßt zweifellos insoweit nicht, als er den Rechtserwerb des Eigenthümers gemäß § 1094 zu sichern bezweckt. Es kann sich nur fragen, ob und inwiefern die Rechte, welche der Schuldner als solcher gegen den von ihm ganz oder theilweise befriedigten Gläubiger nach näherer Bestimmung der §§ 269—271 und 1096 hat, dadurch sich erweitern, daß über die für die Forderung bestellte Hypothek ein Hypothekenbrief gebildet ist. Zur Entscheidung dieser Frage aber bedarf es bei der durch die bisherigen Vorschriften klargestellten Bedeutung des Briefes eines Ausspruches in dem Gesetzbuche nicht.

e) Unanwendbarkeit der §§ 1117—1120 in Ansehung der Forderung wegen rückständiger Zinsen und Kosten.

§ 1121.

Für die Uebertragung und das Erlöschen der Forderung wegen rückständiger Zinsen und wegen solcher Kosten, welche nicht zu einem bestimmten Betrage in das Grundbuch eingetragen sind, bleiben die Vorschriften des

Rechtes der Schuldverhältnisse maßgebend, auch wenn der Gläubiger das Recht aus der Hypothek geltend macht. Zu einer Abweichung von diesem aus den §§ 1090, 1091 Abs. 4 und 1101 sich ergebenden Grundsatze für den Fall der Briefhypothek ist kein Grund vorhanden. Die §§ 1117—1120 können daher nicht angewendet werden, wenn der Gläubiger seine Ansprüche wegen der gedachten Zinsen und Kosten verfolgt.

9. Theilhypothekenbrief.

§ 1122.

Bedürfniß

Wenn das Gesetz die Abtretung der Hypothekenforderung von der Uebergabe des Hypothekenbriefes abhängig macht, die Beschränkung der Abtretung auf einen Theil der Forderung aber nicht ausschließt, so muß es die Bildung eines Theilhypothekenbriefes gestatten, weil sonst die Theilabtretung nur mittels Uebergabe des über die ganze Post gebildeten Briefes vollzogen werden könnte, die Verweisung des Gläubigers auf diesen Weg aber zu Unzuträglichkeiten führen würde. Ein Theilhypothekenbrief wird nach dem geltenden Rechte, namentlich nach der preuß. Grundb. O. §§ 83 und 84, gebildet, wenn ein Theil der Hypothek übertragen oder verpfändet wird; die Bildung erfolgt in der Weise, daß für den Theil eine beglaubigte Abschrift des Stammbriefes gefertigt und auf dem letzteren der Theil abgeschrieben wird[1]). Der Theilbrief vertritt hinsichtlich des Theiles, über welchen er lautet, ganz die Stelle des Stammbriefes, so daß dieser nur noch wegen des Restes Geltung behält. Ist aber einmal der Theilhypothekenbrief als ein Institut des Hypothekenrechtes anzuerkennen, so kann seine Bildung nicht auf den Fall beschränkt werden, in welchem sie zur Verfügung über einen Theil unerläßlich ist; vielmehr ist sie in allen Fällen am Platze, in welchen die Hypothekenforderung in Theile zerfällt, sei es, daß von vornherein mehrere Gläubiger vorhanden sind oder daß eine Theilung der Forderung durch Erbgang oder durch rechtsgeschäftliche Verfügung eintritt.

Zuständigkeit für die Bildung des Theilbriefes.

Die Bildung des Theilhypothekenbriefes ist in der Grundbuchordnung zu regeln. Das Gesetzbuch hat mit Bezug hierauf in Konsequenz der Bestimmungen des § 1119 Abs. 2 nur auszusprechen, daß dieses Geschäft nicht blos von dem Grundbuchamte, sondern auch von einem zuständigen Gerichte oder Notare vorgenommen werden kann, und zwar unabhängig von der Zustimmung des Eigenthümers (Abs. 1). In letzterer Hinsicht entscheidet die Erwägung, daß der Eigenthümer, da er die Theilung der Hypothekenforderung sich gefallen lassen muß, auch zu einem Widerspruche gegen die Behandlung jedes einzelnen Theiles als einer von den anderen Theilen unabhängigen Post und folglich gegen die Bildung von Theilhypothekenbriefen nicht berechtigt sein kann.

---

[1]) Mit der preuß. Grundb. O. stimmen die Grundb. O. für Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig ꝛc. überein. Siehe ferner für Mecklenburg die revid. Hypoth. O. für Landg. § 27 Nr. 5 und die revid. Stadtb. O. § 38 Nr. 5, für Anhalt das Pfandgef. v. 13. April 1870 § 35 und für Rudolstadt das Hypoth. Ges. v. 6. Juni 1856 § 77.

Funktion des Teilbriefes.

Daraus, daß der Teilhypothekenbrief in Ansehung des Teiles, über welchen er lautet, an die Stelle des Stammbriefes tritt (Abs. 2), folgt mit Notwendigkeit, daß alle den Hypothekenbrief betreffenden Bestimmungen auch für den Teilhypothekenbrief gelten. Es bedarf also namentlich, wenn der über einen Teil der Hypothek gebildete Brief aus dem Verkehre gezogen werden soll, hierzu nur des in Gemäßheit des § 1107 zu schließenden Vertrages, nicht auch der Zustimmung des Stammbriefinhabers bezw. der Inhaber anderer Teilbriefe.

10. Aufgebot.

a) Aufgebot des Hypothekenbriefes.

§ 1123.

Verlust des Briefes.

Wenn das Gesetz die Uebertragung der Hypothekenforderung von der Uebergabe des Hypothekenbriefes und nicht minder die Eintragung einer Veränderung bei der Hypothek von der Vorlegung desselben abhängig macht, so muß es auch dafür Vorsorge treffen, daß der Gläubiger, welchem die Urkunde verloren gegangen ist, eine neue Urkunde erhalten kann. Da aber der Hypothekenbrief bei der Bedeutung, welche er für das Gläubigerrecht hat, in mehreren gültigen Exemplaren nicht im Verkehre sein darf, so ist im Falle seines Verlustes zunächst seine Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens zu erwirken. Dies ist der Standpunkt aller Gesetze, welche die Hypothek mehr oder weniger eng an eine Urkunde anlehnen, namentlich der preuß. Grundb. O. §§ 110—112 und der mecklenb. Gesetze[1]). Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften der C. P. O. über das Urkundenaufgebot[2]), soweit es nicht besonders geregelt wird. An dieser Stelle bedarf es nur einiger Sätze.

Zulassung des Aufgebotes.

1. Die Zulässigkeit des Aufgebotes ist, da die C. P. O. hierüber eine Bestimmung nicht enthält, in dem Gesetzbuche auszusprechen. (Abs. 1.)

Verfahren.

2. Zur Nachsuchung des Aufgebotes ist der Gläubiger als Eigenthümer des Hypothekenbriefes berechtigt. Ob er diese Berechtigung noch hat, wenn er nach seiner Befriedigung sich als Gläubiger legitimirt, kann fraglich sein. Einer Entscheidung durch das Gesetz bedarf es indessen nicht, da, wenn die Frage verneint wird, der Eigenthümer des Grundstückes sich dadurch helfen kann, daß er das Aufgebot der Hypothek nach Maßgabe des § 1103 ausbringt und dann den § 1124 für sich in Anspruch nimmt.

Wegen der Aufgebotsfristen und der Art der Bekanntmachung des Aufgebotes muß den einzelnen Staaten die Befugniß zu einer von den Vorschriften der C. P. O. abweichenden Regelung belassen werden. Die Gründe des Vor-

---

[1]) v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. § 119 S. 146. Siehe ferner die Grundb. O. für Oldenburg §§ 90—92, Coburg-Gotha §§ 86—88, Braunschweig §§ 41, 50, Waldeck ꝛc.

[2]) Preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 24. März 1879 § 20.

behaltes, welcher bei § 1105 gemacht ist, treffen auch für das Aufgebot eines Hypothekenbriefes zu[1]).

Urtheil.

3. Der Hypothekenbrief wird durch das Ausschlußurtheil kraftlos. Nach Erlassung desselben muß daher dem Gläubiger auf dessen Antrag ein neuer Brief von der Buchbehörde ertheilt werden. (Abs. 2 Satz 1.) Wie hierbei zu verfahren ist, wird die Grundb. O. bestimmen.

Löschung.

Soll die Hypothek gelöscht werden, so genügt die Vorlegung des Ausschlußurtheiles. Will dagegen der Gläubiger über die Hypothek verfügen, so muß er sich einen neuen Hypothekenbrief ertheilen lassen. Vor der Ertheilung desselben kann er das Recht aus der Hypothek nicht geltend machen. (Abs. 2 Satz 2.) Dies folgt aus den Vorschriften der §§ 1117 ff., und an dieser Folgerung ist um so mehr festzuhalten, als jede Abweichung von derselben die Billigkeit gegen den Eigenthümer verletzen würde, während es der Gerechtigkeit entspricht, daß die mit dem Verluste der Urkunde verbundenen Unzuträglichkeiten von dem Gläubiger getragen werden.

Bedeutung des neuen Briefes.

4. Der neue Hypothekenbrief tritt in jeder Hinsicht an die Stelle des alten. Kommt der letztere wieder zum Vorscheine, so kann er doch die Erwerbung der Hypothek fortan unter keinen Umständen mehr vermitteln. Wollte man der behufs Uebertragung der Hypothek erfolgten Uebergabe eines für kraftlos erklärten Briefes an einen mit der Kraftloserklärung unbekannten Dritten um des öffentlichen Glaubens des Grundbuches willen rechtliche Wirkung beimessen, so würde man die Kraft des Ausschlußurtheiles ganz gegen Zweck und Inhalt desselben abschwächen und die Ertheilung eines neuen Hypothekenbriefes zu einer sehr gefährlichen Einrichtung machen. Anders liegt freilich die Sache, wenn das Ausschlußurtheil angefochten und in Folge der Anfechtung aufgehoben wird[2]). In einem solchen Falle hat der Inhaber des neuen Briefes nach Maßgabe des § 843 die Urkunde zurückzugeben und die zur Berichtigung des Grundbuches erforderliche Erklärung abzugeben.

b) Aufgebot der Briefhypothek.

§ 1124.

Die §§ 1103 und 1104, durch welche das Aufgebot einer Hypothek bezw. des unbekannten Gläubigers geregelt wird, gelten gemäß § 1108 auch dann, wenn über die Hypothek ein Hypothekenbrief gebildet ist. Das Aufgebot hat aber hier die weitere Wirkung, daß mit der Erlassung des Ausschlußurtheiles zugleich der Hypothekenbrief kraftlos wird. (Satz 1.) Diese Wirkung ergiebt sich im Falle des § 1103 aus dem Erlöschen der Hypothek; sie muß aber auch für den Fall des § 1104 in dem Gesetzbuche ausgesprochen werden, weil sonst der Eigenthümer die auf ihn übergehenden Rechte des Gläubigers nicht würde ausüben können. In beiden Fällen erscheint es unbedenklich, von einem besonderen Aufgebote des Hypothekenbriefes abzusehen, da ein solches dritten

---

[1]) Anm. zu § 1123 des Entwurfes.

[2]) Vergl. §§ 22, 696.

Personen einen wirksameren Schutz gegen Täuschungen durch die kraftlos gewordene Urkunde nicht gewähren würde.

Daß im Falle des § 1104 die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung gelangen müssen (Satz 2), braucht nach den Ausführungen S. 763 nicht näher dargelegt zu werden[1]).

III. Sicherungshypothek[2]).

1. Gestaltung der Sicherungshypothek im Allgemeinen.

a) Begriff.

§ 1125.

Begriff. Das Wesen der Sicherungshypothek besteht nach den oben (S. 619, 620, 627 und 628) angestellten Untersuchungen darin, daß für dieselbe der Grundsatz, nach welchem bei der gewöhnlichen Hypothek die Forderung gerade so wie ein eingetragenes dingliches Recht unter den öffentlichen Glauben des Grundbuches tritt, keine Geltung hat. Dieser Grundsatz aber hat zugleich mit der für die Richtigkeit des Buchinhaltes streitenden Vermuthung, welche nach dem Entwurfe von ihm sich nicht trennen läßt, in den §§ 1083 und 1089 seinen Ausdruck gefunden. Der Begriff der Sicherungshypothek ist folglich dahin zu bestimmen, daß diese Paragraphen von der Anwendung auf dieselbe ausgeschlossen sind. (Abs. 1.) Die Nichtanwendbarkeit anderer für die gewöhnliche Hypothek geltender Paragraphen muß, da sie nicht als eine nothwendige Konsequenz des Begriffes sich darstellt, besonders vorgeschrieben werden. Im Interesse der Deutlichkeit des Gesetzes empfiehlt es sich aber im Anschlusse an die Begriffsbestimmung hervorzuheben, daß die Sicherungshypothek im Uebrigen den Vorschriften über die (gewöhnliche) Hypothek unterliegt, soweit nicht in den §§ 1126—1134 ein Anderes bestimmt wird. (Abs. 2.)

Anwendbarkeit der Vorschriften über die (gewöhnl.) Hypothek.

Begründungsvertrag. Für den Begründungsvertrag ergiebt sich aus dem § 1125, daß die Absicht der Vertragschließenden, eine Sicherungshypothek zu schaffen, außer Zweifel gestellt sein muß; der Gebrauch des Wortes „Sicherungshypothek" ist nicht erforderlich.

b) Bezeichnung der Sicherungshypothek im Grundbuche.

§ 1126.

Eintragung. Wenn das Gesetz zur Entstehung der Hypothek die Eintragung in das Grundbuch erfordert[3]), so muß es dasselbe Erforderniß auch für die in der Sicherungshypothek enthaltene Beschränkung der Hypothek aufstellen. Die Sicherungshypothek muß als solche bei der Eintragung bezeichnet werden, um

---

[1]) Die Landesgesetze haben, wie es scheint, dem § 1024 entsprechende Vorschriften nicht.

[2]) Siehe hiezu oben S. 619—628.

[3]) §§ 828, 1062, 1064, 1130 Abs. 2. 1132 Abs. 2.

Täuschungen über den Inhalt des eingetragenen Rechtes zu verhüten. Unterbleibt die Bezeichnung im Widerspruche mit der Eintragungsbewilligung, so liegt es nahe, dem Gläubiger eine den Vorschriften über die Sicherungshypothek nicht unterworfene Hypothek zuzuschreiben. In Wirklichkeit entspricht jedoch diese Auffassung nicht der Bedeutung des Eintragungsprinzipes. Vielmehr ist in dem unterstellten Falle mehr eingetragen, als nach der Bewilligung des Eigenthümers eingetragen werden durfte, das Grundbuch mithin unrichtig und der Gläubiger gemäß § 843 verpflichtet, die Berichtigung zu bewilligen; erst in der Hand eines Dritten, welchem der öffentliche Glaube des Grundbuches zur Seite steht, wird die Hypothek zu einer gewöhnlichen Hypothek. Der praktische Unterschied zwischen dieser und jener Auffassung beschränkt sich übrigens darauf, daß nach der letzteren der Berichtigungsanspruch nicht stattfindet. Hiervon abgesehen, ist das Ergebniß dasselbe, da der Eigenthümer die ihm gegen die Forderung zustehenden Einwendungen, so lange über dieselbe nicht verfügt ist, stets unbeschränkt, im Falle der Verfügung zu Gunsten eines mit der Sachlage unbekannten Dritten aber, auch bei materiell vorhandener, obschon aus dem Grundbuche nicht ersichtlicher Sicherungshypothek, gegen den dinglichen Anspruch nicht geltend machen kann.

c) Unzulässigkeit der Ertheilung eines Hypothekenbriefes.

§ 1127.

Hypothekenbrief.

Das Institut des Hypothekenbriefes bezweckt lediglich die Erleichterung des Verkehres mit Hypotheken. Es kann daher auf die nicht für diesen Verkehr bestimmte Sicherungshypothek nicht ausgedehnt werden. In dem geltenden Rechte findet sich freilich eine entsprechende Bestimmung nicht. Hierauf ist aber kein Gewicht zu legen, da die Landesgesetzgebung überhaupt weder das eine noch das andere Institut mit voller Konsequenz und Klarheit entwickelt hat. Betont man den Gegensatz zwischen der gewöhnlichen (verkehrsfähigen) Hypothek und der Sicherungshypothek so scharf, wie der Entwurf, so kann man, ohne das Wesen der letzteren zu verdunkeln, auch nicht auf eine bezügliche Anweisung an die Buchbehörde sich beschränken; vielmehr muß die Unzulässigkeit der Bildung eines Hypothekenbriefes als materieller Rechtssatz für die Sicherungshypothek ausgesprochen und hierdurch die Unanwendbarkeit der den Hypothekenbrief betreffenden Vorschriften auf diese Form der Hypothek außer Zweifel gestellt werden.

d) Nichtanwendung der §§ 1079, 1085, 1097 und beschränkte Anwendung der §§ 1094, 1095 auf die Sicherungshypothek.

§ 1128.

Kündigung.

1. Aus der akzessorischen Natur der Hypothek ergiebt sich, daß die Fälligkeit der Forderung als Voraussetzung des dinglichen Anspruches gegen den Schuldner eingetreten sein muß, mithin, wenn die Forderung auf

Kündigung steht, nur durch eine dem Schuldner von dem Gläubiger oder diesem von jenem erklärte Kündigung herbeigeführt werden kann. Wenn der Entwurf hiervon in dem § 1079 abgewichen ist, so ist dies, wie die Begründung desselben ergiebt, lediglich aus Rücksicht auf den Hypothekenverkehr geschehen. Diese Rücksicht aber macht sich bei der Sicherungshypothek nicht geltend. Von einer Uebertragung der Bestimmung des § 1079 auf dieselbe muß daher abgesehen werden. Es bleibt somit bei der Rechtskonsequenz, daß bei der Kündigung einer Forderung, für welche eine Sicherungshypothek bestellt ist, außer dem Gläubiger nur der Schuldner, der Eigenthümer dagegen, welcher nicht der Schuldner ist, weder aktiv noch passiv in Betracht kommt.

Vormerkung.

2. Der § 1085 bezweckt, den Eigenthümer gegen die Gefahren zu schützen, welche für denselben damit verbunden sind, daß der § 1083 die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches auf die Forderung ausdehnt, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. Der § 1083 aber ist begriffsmäßig von der Anwendung auf die Sicherungshypothek ausgeschlossen. Die Bestimmungen des § 1085 können daher gleichfalls auf die letztere nicht angewendet werden.

Eigenthümerhypothek.

3. Die lediglich aus Rücksicht auf die Bedürfnisse des Realkredites zugelassene Eigenthümerhypothek darf im Falle der Sicherungshypothek nicht Platz greifen, weil diese nicht die Bestimmung hat, zur Befriedigung jener Bedürfnisse zu dienen. Daher sind die §§ 1094 und 1095 insoweit, als sie dem Eigenthümer, welcher zugleich der persönliche Schuldner ist, die Erwerbung der Hypothek gestatten, und der § 1197 überhaupt von der Anwendung auf die Sicherungshypothek auszuschließen.

Hypothek an dem eigenen Grundstücke.

Dagegen kann es sich fragen, ob dasselbe auch dann gelten soll, wenn der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner ist. Von dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 67 wird in Ansehung der Kautionshypothek die Frage bejaht. Vom Standpunkte des Entwurfes ist sie zu verneinen. Juristisch ist es, auch wenn die Hypothek im Sinne des röm. Rechtes aufgefaßt wird, ganz unbedenklich, daß der Eigenthümer, welcher den Gläubiger befriedigt, hierdurch dessen Forderung erwirbt[1]). Die Billigkeit spricht ebenfalls dafür, daß die Forderung und mit ihr die Hypothek bestehen bleibt. Wollte man an die Befriedigung des Gläubigers den Untergang der Rechte desselben knüpfen, so würde der Vortheil hiervon den gleich- oder nachstehenden Gläubigern zu Gute kommen, der Eigenthümer aber vielleicht gar nicht im Stande sein, mit Erfolg sich an den gewesenen Schuldner zu halten. Die Rücksicht auf die Lage des Eigenthümers verlangt, daß auch dann, wenn derselbe weder als Bürge durch die Bestimmungen des § 676 Abs. 1 gesichert ist, noch im Falle des § 1081 sich die Forderung hat abtreten lassen, die Forderung auf ihn übergeht. Die Vorschriften der §§ 1094 und 1095 müssen daher insoweit, als sie den Fall betreffen, wenn der Eigenthümer nicht der Schuldner ist, auch auf die Sicherungshypothek angewendet werden.

---

[1]) Vergl. oben S. 201—203, 679, 727

2. Einzelne Fälle der Sicherungshypothek.

a) Kautionshypothek.

§ 1129.

Vorbehalt der Feststellung des Betrages.

1. Wenn die Entscheidung darüber, ob im Falle der vertragsmäßigen Hypothekenbestellung eine gewöhnliche Hypothek oder eine Sicherungshypothek einzutragen ist, den Betheiligten überlassen wird[1]), so muß das Gesetz ein äußeres Merkmal bezeichnen, aus welchem mit voller Bestimmtheit geschlossen werden kann, auf welche der beiden Hypothekenformen der Vertragswille gerichtet ist. Dieses Merkmal ergiebt sich aus den Erklärungen der Vertragschließenden über den Betrag der Forderung. Wird der Forderungsbetrag als feststehend angegeben, so ist eine gewöhnliche Hypothek einzutragen, sofern nicht aus dem Vertrage erhellt, daß nur eine Sicherungshypothek in der Absicht der Vertragschließenden liegt. Wird dagegen die Feststellung des Betrags vorbehalten, so findet nur die Sicherungshypothek statt[2]). (Abs. 1.) Zur Vermeidung unrichtiger Eintragungen[3]) erscheint es rathsam, in dem Gesetzbuche auszusprechen, daß, wenn für eine Forderung mit dem Vorbehalte der Feststellung des Betrages derselben Hypothek bestellt wird, die Begründung einer Sicherungshypothek als gewollt anzusehen ist. (Abs. 2.) Die Hypothek entspricht in diesem Falle der eigentlichen Kautionshypothek des bisherigen Rechtes.

Angabe des Höchstbetrages.

2. Die Zulassung jenes Vorbehaltes hat nicht die Bedeutung eines Bruches mit dem Spezialitätsprinzipe. Die bestimmte Geldsumme ist hier ebenso wie in dem Falle, wenn die Hypothek für eine dem Betrage nach feststehende Forderung bestellt wird, ein Begriffselement der Hypothek. Der Vorbehalt nöthigt nur dazu, den höchsten Betrag, bis zu welchem das Grundstück für die Forderung haften soll, auf eine bestimmte Summe zu beschränken. Dieser Betrag muß daher in dem Begründungsvertrage angegeben und in das Grundbuch mit eingetragen werden. (Abs. 3 Satz 1.) Daß es sich hierbei nicht um ein lediglich formelles, sondern um ein materielles Erforderniß der Kautionshypothek handelt, ist nach den Vorschriften der §§ 1062, 1064 nicht zweifelhaft.

Zinsen und Kosten.

3. Der Höchstbetrag begreift die gesammte Forderung in sich, für welche nach dem Begründungsvertrage die Haftung des Grundstückes in Aussicht genommen ist, also nicht nur das später festzustellende Kapital der Forderung, sondern auch die etwa von demselben zu entrichtenden Zinsen. Wollte man den Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital beschränken und daneben das Grundstück noch für Zinsen haften lassen, so würde die Haftung des Grundstückes für die Forderung, bezüglich deren Größe, der Bestimmtheit ermangeln und folglich die Eintragung des Höchstbetrages ihren Zweck nur unvollkommen erreichen. Fallen aber die Zinsen mit unter den Höchstbetrag,

---

[1]) Oben S. 627, 628.
[2]) Oben S. 621.
[3]) Vergl. S. 764, 765.

so muß in Abweichung von der Vorschrift des § 1064 die Eintragung der Verzinslichkeit und des Zinssatzes unterbleiben. (Abs. 3 Satz 2.)

Dagegen umfaßt der Höchstbetrag nicht die Kosten, für welche nach § 1066 das Grundstück haftet. Diese Haftung besteht auch bei der gewöhnlichen Hypothek neben der Haftung für die aus dem Grundbuche ersichtliche Forderung. Ein Grund aber, der eine andere Gestaltung des Verhältnisses für die Kautionshypothek rechtfertigte, ist nicht erfindlich.

Uebertragung der Forderung

4. Schwierigkeiten können hier aus der Regelung der Uebertragung entstehen. Nach den §§ 1086 ff. kann die Forderung nur durch Vertrag und Eintragung, und zwar nicht ohne die Hypothek, auf einen Anderen übertragen werden. Dies ist gewiß auch für die Kautionshypothek ein angemessenes Ergebniß, wenn der Fall ins Auge gefaßt wird, daß die Uebertragung erfolgt, nachdem die vorbehaltene Feststellung durch Vertrag oder durch Urtheil stattgefunden hat. Dagegen würde die unbeschränkte Anwendung jener Paragraphen auf den Fall, in welchem eine einzelne Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnisse während der Dauer desselben übertragen wird, nicht angemessen sein, weil sie zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führen, hierdurch aber mit der Absicht der Betheiligten bei der Begründung der Hypothek nicht selten in Widerspruch treten müßte. Um ein solches nicht befriedigendes Ergebniß zu vermeiden, ermöglicht der Entwurf die Uebertragung einer durch Kautionshypothek gesicherten Forderung auch nach Maßgabe der für die Uebertragung einer nicht durch Hypothek gesicherten Forderung geltenden Vorschriften und schließt, wenn nur nach Maßgabe dieser Vorschriften übertragen wird, den Mitübergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger aus. (Abs. 4.)

mit Ausschließung des Ueberganges der Hypothek.

Der Abs. 4 trifft durch seine allgemeine Fassung freilich auch den Fall, in welchem die Forderung übertragen wird, nachdem die vorbehaltene Feststellung ihres Betrages bereits bewirkt worden ist. Allein hieraus werden sich besondere praktische Uebelstände nicht ergeben.

Berechnet ist die Bestimmung auf die oben gekennzeichneten Fälle der Uebertragung einer Einzelforderung vor Feststellung des Schlußguthabens. Es kann sich indessen fragen, ob sie für diese Fälle den Absichten der Betheiligten völlig gerecht wird. Sie schließt offenbar die Uebertragbarkeit einer einzelnen Forderung mit der Hypothek nicht aus. Hieran aber knüpfen sich einige Zweifel.

mit der Hypothek.

a) Liegt ein obligatorischer Abtretungsvertrag vor, so kann die Uebertragung mit der Hypothek, aber auch ohne dieselbe gemeint sein.

b) Ist ein formloser dinglicher Vertrag geschlossen, so erhebt sich die Frage, ob die Abtretung der Forderung wirksam und, wenn dies anzunehmen, die Abtretung der Hypothek nach § 297 erzwingbar ist.

Indessen sind diese Zweifel nicht so belangreich, daß ihre Lösung durch das Gesetzbuch ein Bedürfniß wäre. Man wird zu a) die Abtretung ohne die Hypothek als gewollt zu betrachten und zu b) für die Wirksamkeit der Uebertragung zu entscheiden haben, während die Anwendbarkeit des § 297 zu verneinen ist.

c) Ist die Einzelforderung mit der Hypothek übertragen und im Grundbuche auf den Namen des neuen Gläubigers umgeschrieben, hiernächst aber

letzterer von dem Eigenthümer befriedigt worden, so erlischt insoweit mit der Forderung auch die Hypothek. Der Nachtheil hiervon trifft den Gläubiger, welchem die Forderung wegen des nicht übertragenen Betrages zusteht, wenn sich bei der Schlußfeststellung ergiebt, daß das Guthaben den Höchstbetrag, für welchen das Grundstück haftet, erreicht oder gar übersteigt — ein Erfolg, der mit den Absichten der Betheiligten bei der Begründung der Hypothek kaum in Einklang stehen dürfte. Man kann freilich einwenden, daß der Gläubiger die Folge sich selbst beizumessen habe, da er ja auch ohne die Hypothek hätte abtreten können. Allein dieser Einwand trifft nicht zu, wenn im Zwangswege überwiesen ist. Schwerlich wird man auch geltend machen können, daß die Hypothek durch die Befriedigung, welche der Eigenthümer an den Erwerber der Einzelforderung geleistet habe, nicht untergegangen, der Fall vielmehr so zu beurtheilen sei, als wenn nicht übertragen worden wäre. Indem die Forderung mit der Hypothek abgetreten oder überwiesen ist, hat auch die Hypothek von der Person des bisherigen Gläubigers sich losgelöst, und sie kann mit derselben nicht dadurch wieder vereinigt werden, daß der Eigenthümer den neuen Gläubiger befriedigt. Gleichwohl darf aus der Unzuträglichkeit, welche mit dem Erlöschen der Hypothek in Ansehung des Betrages der übertragenen Einzelforderung verbunden sein kann, ein erhebliches Bedenken gegen den Abs. 4 nicht hergeleitet werden, da die Bestimmungen desselben so verstanden werden müssen, daß sie nur dann gelten, wenn nicht nach dem Begründungsvertrage anzunehmen ist, daß die einzelnen Forderungen, welche vor der Feststellung des Schlußguthabens sich ergeben, nicht durch die Hypothek sichergestellt sein sollen[1]).

b) Zwangshypothek.

a. Erfordernisse der Zwangshypothek.

§ 1130.

Nachdem oben S. 621—624 dargethan worden ist, daß die Zwangshypothek von dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht abgelehnt, jedoch nur als Sicherungshypothek zugelassen werden kann, ist nunmehr auf die Erfordernisse dieser Kategorie näher einzugehen.

1. Die Zwangshypothek gelangt ohne und selbst gegen den Willen des Eigenthümers zur Entstehung. Sie kann daher vom Standpunkte des Entwurfes[2]) nur im Wege der Zwangsvollstreckung begründet werden. Die Zwangsvollstreckung aber findet nur statt, wenn die Forderung gegen den Schuldner, d. h. hier den Eigenthümer des Grundstückes, an welchem die Hypothek bestellt werden soll, vollstreckbar ist. Der Gläubiger muß einen vollstreckbaren Titel erlangt haben, ohne daß etwas darauf ankommt, zu welcher Gattung derselbe gehört. Alle Schuldtitel, aus welchen nach der C. P. O. (§§ 644, 702, 706) die gerichtliche Zwangsvollstreckung zulässig ist, sind an sich

1. Zwangsvollstreckung.

[1]) Vergl. oben S. 619.
[2]) Oben S. 601, 623.

Vollstreckbarer Titel:

eine geeignete Voraussetzung der Zwangshypothek. Hervorzuheben sind insbesondere:

a) Urtheil.

a) Das Urtheil. Die Ansicht, daß die Zwangshypothek auf den Fall des Urtheiles zu beschränken sei, geht von dem franz. Rechte aus, welches in Folge der Autorität, die es dem gerichtlichen Urtheile beilegt, mit demselben ein von der Vollstreckbarkeit nicht abhängiges Pfandrecht verbindet. Dieser Standpunkt gestattet aber keine Analogie, wenn man in der Bestellung einer Zwangshypothek lediglich einen Akt der Zwangsvollstreckung sieht. Als Grund der letzteren hat das Urtheil keine höhere Bedeutung als jeder andere vollstreckbare Schuldtitel.

b) vollstreckb. Urkunde,

b) Die vollstreckbaren Urkunden der C. P. O. und der Landesgesetze. Das Bedenken, daß derjenige, welcher eine solche Urkunde ausstellt, regelmäßig nicht die Absicht habe, seinem Gläubiger die Eintragung einer Hypothek zu bewilligen, ist nicht von Belang; es erledigt sich dadurch, daß die Eintragung einer Hypothek auf Grund der Urkunde nicht um deswillen zugelassen wird, weil sie dem Willen des Ausstellers entspricht, sondern um deswillen, weil dieser sich der Zwangsvollstreckung unterworfen hat und es folgewidrig sein würde, von der demgemäß im Allgemeinen zulässigen Zwangsvollstreckung diejenige auszunehmen, welche sich in der zwangsweisen Begründung einer Hypothek bethätigt.

c) vorläufig vollstreckb. Titel,

c) Die nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel, namentlich der Vollstreckungsbefehl. Diejenigen Landesgesetze, welche an die endgültige Vollstreckbarkeit der Forderung das Recht des Gläubigers auf Eintragung einer gewöhnlichen (normalen) Hypothek knüpfen, können allerdings, wenn die Vollstreckbarkeit eine blos vorläufige ist, füglich auch nur eine vorläufige Eintragung gestatten. Für den Entwurf aber hat diese Unterscheidung mit der Ablehnung der normalen Hypothek als Zwangshypothek ihre Berechtigung verloren. Eine Sicherungshypothek wie die, auf welche der § 1130 den Gläubiger beschränkt, kann ohne Gefahr für den Schuldner auch dann bestellt werden, wenn die Forderung nur vorläufig vollstreckbar ist[1]).

Vollstreckungsbefehl.

Hieran muß auch für die im Mahnverfahren ergehenden Vollstreckungsbefehle festgehalten werden. Doch bedarf dies mit Rücksicht auf das bad. Recht der näheren Begründung.

In Baden hat bereits vor Einführung der C. P. O. v. 30. Januar 1877 ein dem Mahnverfahren derselben ähnliches Verfahren bestanden. Die Möglichkeit indessen, in diesem Verfahren eine Judizialhypothek zu erlangen, soll vielfach zur Schädigung der weniger geschäftskundigen Landbewohner gemißbraucht worden sein. Es wird versichert, für den gewissenlosen Geldmann sei es nicht schwer, die Unterlagen für das Verfahren gegen einen einfachen Landmann zu beschaffen, und wenn dann der Vollstreckungsbefehl erlassen sei, so werde der Schuldner durch allerlei Einflüsterungen bestimmt, den Einspruch zu versäumen. Die Folge hiervon sei die Judizialhypothek, mithin eine zunehmende Verschuldung des Grundbesitzes. Das Uebel sei um so größer, je leichter das Mahnverfahren die Handhabe zur Erlangung mehrerer Voll-

[1]) Oben S. 623 ff.

streckungsbefehle und folglich auch mehrerer Hypotheken für dieselbe Forderung biete. Deshalb bestimmt das Ges., die Einführung der Reichs-Justizgesetze in Baden betr., v. 3. März 1879 § 26, daß die im Mahnverfahren ergehenden Vollstreckungsbefehle ein richterliches Unterpfandsrecht nicht begründen.

Ob ähnliche Erfahrungen wie in Baden auch in anderen Ländern gemacht worden sind, bleibt dahingestellt. Wohl aber ist das in dem größten Theile Preußens länger als ein Menschenalter in Geltung gewesene, auf demselben Gedanken wie das Mahnverfahren der C. P. O. beruhende Mandatsverfahren von den besten Folgen gewesen, und irgend welche Mißstände, welche sich auf die Eintragung einer Judikatshypothek auf Grund des Mandates zurückführen ließen, sind nicht bekannt geworden. Nach der C. P. O. § 640 steht der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnißurtheile gleich. Wenn daher das auf Zahlung lautende Urtheil dadurch vollstreckt werden kann, daß für den Gläubiger eine Hypothek an den Grundstücken des Schuldners bestellt wird, so muß auch der Vollstreckungsbefehl in gleicher Weise vollziehbar sein. Wollte man diese Konsequenz ablehnen, so würde man die praktische Bedeutung des Mahnverfahrens erheblich abschwächen und den Fortbestand desselben in Frage stellen. Hierzu liegt aber eine Veranlassung nicht vor. Die in Baden gemachten Erfahrungen können nicht entscheidend sein, einmal weil sie den Rechtszustand vor der C. P. O. zur Voraussetzung haben, sodann weil sie sich auf ein Gebiet beschränken, in welchem die franz. Judizialhypothek gilt, und endlich weil die fraglichen Uebelstände, soweit sie auch mit der Zwangshypothek des Entwurfes verbunden sein sollten, nicht durch Ausschließung derselben im Falle des Mahnverfahrens sich beseitigen lassen würden, indem sie auch bei der Wahl des ordentlichen Verfahrens sich geltend machen müßten.

2. Bestimmte Geldforderung.

2. Die Forderung, für welche die Hypothek bestellt werden soll, muß gemäß § 1062 Abs. 1 eine bestimmte Geldforderung sein. Der Grund, auf welchem dieses Erforderniß für die gewöhnliche Hypothek beruht[1]), trifft auch bei der Zwangshypothek zu, und ein Bedürfniß für die Zulassung einer solchen in Fällen, in welchen die Forderung auf eine andere Leistung als auf Zahlung lautet, ist nicht anzuerkennen.

Dagegen bedarf es hier nicht einer Angabe des höchsten Betrages, bis zu welchem das Grundstück haften soll. Denn die Zwangshypothek ist keine Kautionshypothek, sondern eine Sicherungshypothek mit feststehendem Betrage. Sie unterliegt daher nicht den Vorschriften des § 1129; vielmehr findet auf sie der § 1064 mit der Maßgabe Anwendung, daß der vollstreckbare Schuldtitel an die Stelle der Eintragungsbewilligung tritt.

3. Eintragung.

3. Die Zwangshypothek gelangt erst mit der Eintragung in das Grundbuch zur Entstehung. Dieselben Gründe, aus welchen die vertragsmäßige Begründung einer Hypothek nach den Bestimmungen der §§ 828 und 1062 von der Eintragung abhängig ist, führen zur Unterwerfung auch der Zwangshypothek unter das Eintragungsprinzip[2]).

---

[1]) Oben S. 637.

[2]) Oben S. 600, 601.

Voraussetzung der Eintragung.

a) Die materielle Voraussetzung der Eintragung ist der vollstreckbare Schuldtitel. Dieser muß, da die Eintragung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist, in vollstreckbarer Ausfertigung dem Grundbuchamte vorliegen[1]). Ob, wenn die Forderung aus einem Inhaberpapiere, einem Wechsel oder einem Orderpapiere hervorgeht, die Eintragung durch die Vorlegung des Papieres bedingt ist, muß aus der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses und den allgemeinen, dem Prozeßrechte angehörenden Grundsätzen sich ergeben. Einer besonderen Vorschrift zur Regelung des Falles der Zwangshypothek bedarf es nicht[2]).

Sicherheitsleistung.

Nach der C. P. O. § 672 Abs. 2 darf, wenn die Zwangsvollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, „der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird". Das preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 dagegen, welches in dem vorausgesetzten Falle die Eintragung der Forderung nur als Vormerkung zuläßt, bestimmt unter § 7 Abs. 2: „Die Vormerkung ist einzutragen, ohne daß die Sicherheit, von deren Leistung die Zwangsvollstreckung abhängig gemacht ist, geleistet zu werden braucht". Von der Aufnahme einer diesem Satze entsprechenden Bestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch muß jedoch abgesehen werden.

Wenn die C. P. O. die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung gestattet[3]), so bezweckt sie für den Fall, daß die Vollstreckung hinterher sich als unberechtigt erweisen sollte, dem Schuldner nicht allein die Erstattung des Geleisteten, sondern auch, bei vorhandener Schadensersatzpflicht des Gläubigers, die Leistung des Schadensersatzes zu sichern. Nun ist aber zweifellos, daß der Schuldner durch die zwangsweise Eintragung einer Hypothek auf seine Grundstücke auch dann noch geschädigt werden kann, wenn ihm die Einwendungen gegen die Forderung gewahrt werden. Zwar entzieht ihm die Eintragung nicht, wie sonst die Zwangsvollstreckung, ein Stück seines Vermögens. Aber sie vermindert doch dadurch, daß sie den Grundbesitz des Schuldners belastet, dessen Realkredit bis zur Höhe derjenigen Summe, auf welche die Hypothek lautet, und dies kann für die Vermögenslage des Schuldners, namentlich wenn derselbe Kaufmann ist, von den bedenklichsten Folgen sein. Wenn gleichwohl das preuß. Gesetz die Eintragung ohne Sicherheitsleistung gestattet, so erklärt sich dies aus der Auffassung, daß die C. P. O., wenn sie unter § 757 Abs. 2 die Regelung der Eintragung einer vollstreckbaren Forderung in das Hypothekenbuch den Landesgesetzen überläßt, nicht bestimmt habe, daß diese Eintragung als ein Akt der Zwangsvollstreckung zu regeln sei. Vom Standpunkte des Entwurfes ist die Eintragung einer Zwangshypothek in der That ein solcher Akt. Der Entwurf würde sich folglich mit der C. P. O. § 672 Abs. 2 in Widerspruch setzen, wenn er in denjenigen Fällen, in welchen dieselbe die Zwangsvollstreckung von einer Sicherheitsleistung abhängig macht, bei dieser

[1]) C. P. O. §§ 662 ff., 702 ff.
[2]) Vergl. das preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 8 Abs. 2.
[3]) Vergl. die C. P. O. §§ 647, 650, 652, 668, 688.

Eintragung von dem Nachweise der Sicherheitsleistung absähe. Die Sachprüfung des Grundbuchamtes wird allerdings dadurch erschwert, daß demselben dieser Nachweis geführt werden muß. Allein das hieraus sich ergebende Bedenken erledigt sich dadurch, daß die Landesgesetze nach dem in das Einführungsgesetz aufzunehmenden Vorbehalte[1]) in Abweichung von den Bestimmungen des § 846 die Vermittelung des Gerichtes vorschreiben können.

Eintragung auf mehrere Grundstücke.

b) Die Zwangshypothek ist, *wenn der Schuldner nach Ausweis des Grundbuches mehrere Grundstücke hat*, je nachdem es in dem Eintragungsantrage verlangt wird, auf eines oder auf einige oder auf alle Grundstücke einzutragen. Nach der preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 22 durfte der Gläubiger, wenn er sich nicht mit der Eintragung auf *ein* Grundstück begnügen wollte, nur einen von ihm zu bestimmenden Theil der Forderung auf jedes einzelne Grundstück eintragen lassen. Das Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 § 6 läßt dagegen die ungetheilte Eintragung der Zwangshypothek auf alle Grundstücke des Schuldners zu. Wie es scheint, gilt dieser Grundsatz auch in den übrigen Staaten, welche das Institut der Zwangshypothek haben[2]). Die Frage, ob es zweckmäßig ist, die Eintragung der Forderung als Korrealhypothek zu gestatten und also den Standpunkt der Verordn. v. 4. März 1834 aufzugeben, ist im preußischen Landtage bei den Berathungen des Entwurfes, aus welchem das Ges. v. 13. Juli 1883 hervorgegangen ist, erschöpfend erörtert worden[3]). Nachdem sie bejahend entschieden ist, besteht mit Rücksicht auf das geltende Recht für die Reichsgesetzgebung keine Veranlassung, auf das ältere Recht zurückzugreifen. Das Interesse des zahlungsberechtigten Gläubigers verlangt dringend, daß die möglich größte Sicherheit für die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung gewährt werde. Es erscheint auch nicht zweifelhaft, daß der Eintragung einer Zwangshypothek auf *alle* Grundstücke des Schuldners juristische Gründe nicht entgegenstehen. Aus der billigen Rücksicht auf die Lage desselben aber kann ebenfalls ein Bedenken nicht hergeleitet werden. Reale Bedeutung würde die in dem Verbote der ungetheilten Belastung mehrerer Grundstücke liegende Begünstigung des Schuldners vom Standpunkte des Gesetzgebers nur haben, wenn das Verbot geeignet wäre, den Schuldner kreditfähig zu erhalten. Diese Voraussetzung trifft jedoch nicht zu. Für gewöhnlich wird man annehmen dürfen, daß derjenige, welcher einen gegen ihn vollstreckbaren Anspruch nicht befriedigt, die hierzu erforderlichen Mittel nicht besitzt, auch nicht im Stande ist, dieselben im Wege des Kredites zu beschaffen. Hat er im einzelnen Falle noch Realkredit, so mag er denselben zum Zwecke der Befriedigung jenes Anspruches benutzen. Unterläßt er dies, so hat er auch keinen Grund zur Beschwerde, wenn das Gesetz ihn so behandelt,

---

[1]) Anm. zu § 846 des Entwurfes.

[2]) Vergl. für Bayern das Ges., Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstr. ꝛc. betr., v. 29. Mai 1886 Art. 40, für Sachsen G. B. § 394 und das Ges. v. 4. März 1879 § 10.

[3]) Siehe *Steinemann*, die Materialien zu dem Ges. v. 13. Juli 1883 ꝛc. S. 49, 50, 142—145, 205—212, 368, 369, 409—412.

als sei er überhaupt nicht mehr kreditfähig. Unter dieser Voraussetzung aber kann in der Regel für ihn ein besonderer Nachtheil daraus nicht entstehen, daß auf seine Grundstücke eine Zwangshypothek ohne Theilung der Summe eingetragen wird.

β. Theilweise Löschung wegen übermäßiger Sicherheit.

§ 1131.

Billigkeit gegen den Schuldner.

Obschon der Gläubiger berechtigt sein muß, die Zwangshypothek auf alle bezw. mehrere Grundstücke eintragen zu lassen, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Ausübung dieses Rechtes zu einer gewissen Härte gegen den Schuldner führen kann, wenn die Sicherheit, welche durch die Eintragung begründet wird, über das berechtigte Interesse des Gläubigers hinausgeht.

Geltendes Recht.

Diese Härte bezweckt der § 1131 zu mildern. Ein Vorgang hierfür findet sich in dem sächs. G. B. § 397 und in anderen Gesetzen, welche die Eintragung auf Grund eines allgemeinen gesetzlichen Rechtstitels zulassen, insofern, als dieselben dem Eigenthümer das Recht einräumen, zur Zurückführung der Sicherheit auf ein angemessenes Maß die Löschung der Hypothek an einem oder einigen Grundstücken zu verlangen[1]). Nach dem preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., v. 13. Juli 1883 § 6 steht dem Schuldner im Falle der Uebermäßigkeit der durch die Zwangshypothek begründeten Sicherheit das Recht zu, „mittels einer gegen den Gläubiger anzustellenden Klage die Vertheilung der Forderung auf einzelne Grundstücke bezw. die Befreiung einzelner Grundstücke von der eingetragenen Hypothek zu beantragen".

Standpunkt des Entw.

Der Standpunkt des Entwurfes ist folgender:

1. Voraussetz des Anspr.

1. Vorausgesetzt wird, daß die Hypothek an mehreren Grundstücken des Schuldners besteht, gleichviel ob sie an allen im Wege der Zwangsvollstreckung oder an einigen freiwillig bestellt worden ist. Die Sicherheit, welche der Gläubiger auf diese Weise erlangt hat, muß übermäßig, d. h. mit Rücksicht auf den Grundsatz des § 203 größer sein, als das Gesetz für die Belegung von Mündelgeldern erfordert.

2. Inhalt desselben.

2. Das Recht, welches der § 1131 an diese Voraussetzungen knüpft, besteht darin, daß der Schuldner eine entsprechende Ermäßigung der Sicherheit, d. h. die Löschung der Zwangshypothek an einem oder einigen Grundstücken, fordern kann, so zwar, daß dem Gläubiger immer noch eine mündelmäßige Sicherheit verbleibt. Die Auffassung des dem Gläubiger durch den § 1130 eingeräumten Rechtes wird freilich zweifelhaft, wenn zugleich dem Schuldner das Recht auf theilweise Löschung beigelegt wird. Man kann sagen, jenes Recht des Gläubigers sei nur ein formales; materiell sei derselbe nur zu einer mündelmäßigen Sicherheit berechtigt. Man kann aber auch von dem absoluten Karakter des Rechtes ausgehen, so daß dasselbe nur durch den Nachweis der

---

[1]) Franz. G. B. Art. 2161; bayr. Entw. III Art. 371; Regelsberger, bayr. Hypoth. R. § 75; v. Roth, deutsches Priv. R. § 309 II.

Voraussetzungen eines dem Schuldner zustehenden Gegenrechtes theilweise beseitigt wird. Allein ein praktisches Bedürfniß zur Lösung dieses Zweifels durch das Gesetzbuch ist nicht anzuerkennen. Dagegen darf nicht unentschieden bleiben, auf welchem Wege das Recht des Schuldners zu verwirklichen ist. Möglich wäre es, die Beschlußfassung darüber, ob die Voraussetzung der Vorschrift des § 1131 vorliegt, dem Vollstreckungsgerichte zu übertragen. Jedoch würde dies nicht im Einklange stehen mit dem allgemeinen Grundsatze, daß jedes Recht, welches von dem Verpflichteten nicht anerkannt wird, nur im ordentlichen Wege Rechtens zur Geltung gebracht werden kann. Deshalb empfiehlt es sich, mit dem preuß. Gesetze den Schuldner auf den Weg der Klage zu verweisen. Daß nur dieser Weg den Schuldner zum Ziele führt, wird durch die Fassung des § 1131 außer Zweifel gestellt. Die Klage auf Löschungsbewilligung unterliegt, auch in Ansehung der Zuständigkeit[1]), den allgemeinen Grundsätzen.

c) Arresthypothek.

§ 1132.

1. Die Vorschrift des § 1132 Abs. 1 stellt sich in der Hauptsache als Konsequenz der oben S. 624 ff. über die Vollziehung des Arrestes in die Grundstücke des Schuldners gepflogenen Erörterungen dar. Der Arrestbefehl wird durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen. Für die Voraussetzungen der Vollziehung sind die Bestimmungen der C. P. O. §§ 808, 809 und des Ges., betr. die Ergänzung des § 809 v. 30. April 1886 maßgebend. Die Arresthypothek wird gemäß § 846 des Entwurfes gleichwie die Zwangshypothek auf den unmittelbar an das Grundbuchamt zu richtenden Antrag des Gläubigers eingetragen, sofern nicht landesrechtlich die Vermittelung des Gerichtes vorgeschrieben wird[2]). Gegen die Anwendung des § 846 darf nicht eingewendet werden, daß man die Vermittelung des Gerichtes hier nicht entbehren könne, weil nur das Gericht in der Lage sei, die in Folge der Berücksichtigung von Schäden, Zinsen und Kosten nicht selten recht schwierige Festsetzung des Höchstbetrages der Hypothek zu treffen. Der Einwand widerlegt sich ohne Weiteres durch die Vorschrift der C. P. O. § 803, nach welcher in jedem Arrestbefehle ein Geldbetrag angegeben sein muß, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird. Dieser Betrag bildet eine angemessene Grundlage auch für die Arresthypothek, so zwar, daß er als Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück für die Forderung haften soll, in das Grundbuch einzutragen ist.

Eintragung aus vollstreckbarem Arrestbefehle.

2. Die Arresthypothek unterscheidet sich von der Zwangshypothek wesentlich dadurch, daß bei ihr nicht wie bei dieser der Betrag der Forderung feststeht; sie fällt unter den Begriff der Kautionshypothek und unterliegt daher den Vorschriften des § 1129 Abs. 3, 4. Im Uebrigen sind beide Kategorieen

[1]) C. P. O. §§ 25, 26.
[2]) Anm. zu § 846.

nach gleichen Grundsätzen zu regeln, die Bestimmungen des § 1130 Abs. 2 und der § 1131 mithin auch im Falle der Arresthypothek zur entsprechenden Anwendung zu bringen. (Abs. 2.)

d) Löschung der Zwangs- und der Arresthypothek ohne Bewilligung des Gläubigers.

§ 1133.

Einstellung des Verf. Aufhebung des Arr.

Die Sicherungshypothek, welche gemäß §§ 1130 und 1132 für den Gläubiger auf ein Grundstück des Schuldners eingetragen wird, empfängt ihren Inhalt lediglich aus dem vollstreckbaren Titel oder der gerichtlichen Anordnung des Arrestes. Sie verliert daher die Berechtigung zum Fortbestehen, wenn die Zwangsvollstreckung oder die Vollziehung des Arrestes mit der Wirkung, daß auch die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind, eingestellt bezw. die Aufhebung des Arrestes durch eine vollstreckbare Entscheidung angeordnet wird. Für den Eigenthümer folgt hieraus das Recht auf Löschung der Hypothek, und zwar, wie aus dem zu § 846 Abs. 2 Gesagten ersichtlich ist, ohne daß die Bewilligung des Gläubigers beigebracht oder die Verurtheilung desselben zur Ertheilung der Bewilligung erwirkt zu werden braucht. Da indessen diese Folgerung mit dem formellen Konsensprinzipe, welches in der Grundbuchordnung zur Anerkennung gelangen wird[1]), nicht in Einklang steht, so bedarf es hier einer Bestimmung, welche das Erforderniß der Bewilligung des Gläubigers für die Löschung fallen läßt.

3. Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek.

§ 1134.

Bedürfniß für die Umwandl.

Wenn neben der gewöhnlichen (normalen) Hypothek eine besondere Sicherungshypothek zugelassen wird, so erhebt sich die Frage, ob eine Umwandlung der einen Form in die andere den Betheiligten ermöglicht werden soll. Vom Standpunkte des geltenden Rechtes ist die Entscheidung zweifelhaft, da die Landesgesetze weder ausdrücklich eine solche treffen, noch den Gegensatz zwischen den beiden Formen erschöpfend und konsequent zur Geltung bringen. Ein praktisches Bedürfniß für die Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek ist anscheinend nirgends hervorgetreten. Wohl aber können die Betheiligten ein nicht unberechtigtes Interesse daran haben, daß die Sicherungshypothek, wenn der Betrag der Forderung festgestellt ist, in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt und auf diese Weise zur Befriedigung eines Realkreditbedürfnisses des Eigenthümers verwendet werde. Da jedoch die Umwandlung zugleich das Interesse der dem Hypothekengläubiger im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten berührt, so fragt es sich:

Umwandlung

1. ob sie ohne deren Zustimmung gestattet werden soll. Hierauf kann nur eine verneinende Antwort gegeben werden.

---

[1]) Anm. f zu § 828 des Entwurfes.

einer Kautionshypothek.

a) Beschränkt man die Frage auf die Kautionshypothek im Sinne der §§ 1129 und 1132, so ergiebt sich, daß eine solche Hypothek ihrem Wesen nach nur besteht, sofern und soweit aus dem Rechtsverhältnisse, welches die Voraussetzung ihrer Bestellung bildet, eine Forderung für den Gläubiger entstanden und nicht wieder aufgehoben ist. Jeder Dritte mithin, für den ein der Hypothek nicht vorgehendes Recht an dem Grundstücke eingetragen ist, kann der sein Recht beeinträchtigenden Geltendmachung der Kautionshypothek widersprechen, wenn bezw. soweit ihm die Forderung nicht nachgewiesen wird. Dieses Widerspruchsrecht aber ist, weil es aus dem dinglichen Rechte des Dritten fließt, der Einwirkung des Eigenthümers und des Gläubigers entzogen. Wird zwischen beiden die durch die Kautionshypothek gesicherte Forderung auf einen bestimmten Betrag festgestellt, so erlangt hierdurch der Gläubiger nur einen Beweis gegen den Eigenthümer. Gegen Dritte hat die Feststellung der Forderung formell keine Wirkung. Wenn es freilich zum Prozesse gegen einen Dritten kommt, so kann der Richter, vermöge der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung, in der Feststellung als Thatsache ein Beweismoment finden. Immerhin aber bedarf es einer besonderen Feststellung der Forderung gegen den Dritten, um dessen Widerspruch gegen die Kautionshypothek zu überwinden. Wollte das Gesetz die Umwandlung der letzteren in eine gewöhnliche Hypothek auf Grund der gegen den Eigenthümer erfolgten Feststellung gestatten, so würde diesem die Möglichkeit eröffnet, durch sein Anerkenntniß eine neue Forderung als Unterlage der Hypothek zu schaffen, und also die Uebertragung der Hypothek auf eine andere als die nach dem Begründungsvertrage zu sichernde Forderung zugelassen, hierdurch aber gegen die akzessorische Natur der Hypothek verstoßen werden.

Möglich wäre es freilich, das Verhältniß so zu gestalten, daß in der Bestellung einer Kautionshypothek stets zugleich die eventuelle Begründung einer gewöhnlichen Hypothek gefunden werden müßte. Allein eine solche Gestaltung würde mit der den §§ 1125 ff. zu Grunde liegenden Auffassung der Sicherungshypothek nicht im Einklange stehen und nach der in dem § 1102 enthaltenen Verwerfung des Prinzipes der festen Stellen sich nur rechtfertigen lassen, wenn das praktische Bedürfniß dazu nöthigte, die Umwandlung der Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek ohne Rücksicht auf die gleich- oder nachstehenden Rechte zu ermöglichen.

Im Allgemeinen ist davon auszugehen, daß bei der Begründung einer Kautionshypothek die Betheiligten darauf rechnen, daß die Forderung, deren Sicherstellung sie beabsichtigen, entweder überhaupt nicht entstehen oder aber dadurch, daß seinerzeit der Schuldner den Gläubiger aus Mitteln befriedigt, welche nicht dem Grundstücke entnommen sind, aufgehoben, jedenfalls die Hypothek ohne Zwangsvollstreckung in das Grundstück sich erledigen werde. Wird aber eine Kautionshypothek gar nicht in der Absicht, sie verkehrsfähig zu machen, begründet, so läßt sich die Bedürfnißfrage überhaupt nicht aufwerfen. Bei der Hypothek, welche ein Vormund für die Forderung des Mündels aus seiner Verwaltung bestellt, fordert im Gegentheile die Rücksicht auf die Verhältnisse, daß die Hypothek nicht in den Verkehr gebracht werde, und ähnlich steht es mit derjenigen Hypothek, welche für die aus der Amts-

führung gegen den Beamten entstehenden Forderungen eingetragen wird. Bei der sog. Kredithypothek liegt freilich die Sache etwas anders. Kann hier der Schuldner nach Erschöpfung des ihm gewährten Kredites das Guthaben des Gläubigers nicht bezahlen, so mag es nicht selten für beide Theile wünschenswerth sein, daß der Gläubiger eine Hypothek erhält, durch deren Verwerthung er befriedigt und die Zwangsvollstreckung in das Grundstück vermieden werden kann. Allein wegen dieses Falles die Umwandlung der Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu gestatten, erscheint schon im Interesse der Einfachheit des Gesetzes nicht rathsam, und zwar um so weniger, als das praktische Bedürfniß recht wohl durch das Institut des Rangvorbehaltes nach näherer Bestimmung des § 842 sich befriedigen läßt.

einer anderen Sicherungshypothek.

b) Bei der Sicherungshypothek für eine Forderung mit bestimmtem Geldbetrage fallen die vorstehenden Erwägungen allerdings nicht mit gleicher Schwere ins Gewicht, weil hier für die gleich- und nachstehenden Berechtigten die Aussicht auf Erledigung der Hypothek weit ferner liegt, die Umwandlung im Grunde nur die Bedeutung eines Verzichtes des Eigenthümers auf die Einwendungen gegen den dinglichen Anspruch des Gläubigers haben könnte. Dagegen kommt aber in Betracht, daß man durch die Gestattung der Umwandlung auf Grund eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer, ohne Zuziehung der übrigen Betheiligten, immerhin den eigentlichen und ursprünglichen Karakter der Sicherungshypothek verändern und dieselbe zu einem der gewöhnlichen Hypothek sich nähernden Mischinstitute machen, daß ferner auch die Umwandlung der nicht unter den Begriff der Kautionshypothek fallenden Sicherungshypothek die Rechtslage der gleich- und nachstehenden Berechtigten durch Beschränkung des Einrederechtes und wegen der Rechte des befriedigenden Eigenthümers wesentlich verschlimmern würde und daß die Zulassung einer solchen Sicherungshypothek nicht auf innerer Nothwendigkeit beruht, sondern lediglich als ein Zugeständniß an die Privatautonomie sich darstellt. Der Gesetzgeber hat keine Veranlassung, demjenigen, welcher von diesem Zugeständnisse Gebrauch macht, noch weiter entgegenzukommen, vielmehr davon auszugehen, daß in Fällen, in welchen eine Sicherungshypothek eingetragen wird, obschon eine gewöhnliche Hypothek möglich ist, die Betheiligten auch die Konsequenzen ihrer Vereinbarung zu tragen haben.

Hiernach kann es sich nur noch fragen,

Zustimmung der dinglich Berechtigten.

2. ob die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek mit Einwilligung der gleich- und nachstehenden Berechtigten zulässig sein soll. Diese Frage aber ist unbedenklich zu bejahen. Schon das Institut der Rangänderung, welches der § 841 regelt, rechtfertigt die Bejahung und scheint sogar eine besondere Vorschrift entbehrlich zu machen. Indessen ist es gleichwohl rathsam, eine solche zu geben. Einmal nämlich führt die Gestattung der Umwandlung an Stelle der Neubegründung der Hypothek mit Einräumung des Vorranges zu einer nicht unerheblichen Ersparniß an Kosten und Weiterungen. Sodann beseitigt eine Vorschrift, wie sie der § 1134 enthält, zugleich den Zweifel, der sonst in Ansehung der Zulässigkeit und der Voraussetzungen einer solchen Umwandlung entstehen könnte und in der preuß.

Praxis zu einer abweichenden Auffassung geführt hat[1]). Was den Inhalt der Vorschrift anlangt, so kann es, da die Hypothek durch die Umwandlung wesentlich geändert wird, nicht zweifelhaft sein, daß ebenso wie im Falle der Rangänderung nach § 841 hier ein Vertrag zwischen allen Betheiligten sowie Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist und die §§ 828—833, 837—839 auf das Verhältniß entsprechend zur Anwendung zu bringen sind. Eine Unterscheidung zwischen den beiden Kategorieen der Sicherungshypothek erscheint für die Regelung der Umwandlung nicht angezeigt.

Zweiter Titel.

Grundschuld[2]).

1. Begriff und Entstehung der Grundschuld.

§ 1135.

a) Die Grundschuld ist ein selbständiges Recht; sie unterscheidet sich nach den oben S. 605 ff. angestellten Untersuchungen wesentlich dadurch von der Hypothek, daß sie nicht wie diese eine Forderung zur Voraussetzung hat. Die Betheiligten können freilich mit einander verabreden, daß eine Forderung durch die Grundschuld gesichert werden solle. Aber eine solche Abrede kommt nur als Motiv, nicht als Erforderniß der Begründung des Rechtes in Betracht. Die Grundschuld hat ihren Zweck lediglich in sich selbst; sie soll dem Berechtigten eine bestimmte Summe Geldes aus dem Grundstücke verschaffen, gleichviel, ob eine zur Zahlung derselben verpflichtete Person vorhanden ist oder nicht. Der Begriff der Grundschuld liegt somit darin, daß der Grundschuldgläubiger die Beitreibung dieser Summe aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung verlangen kann. (Abs. 1.) Hiermit ist allerdings ein Recht anerkannt, dessen Inhalt durch die abstrakte Befugniß zur Vernichtung der Rechte des jeweiligen Eigenthümers gebildet wird. Aber darum ist die Grundschuld nicht unvereinbar mit dem Eigenthume. Denn der Eigenthümer kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dadurch abwenden, daß er die beizutreibende Summe an den Grundschuldgläubiger zahlt und auf diese Weise die Möglichkeit erlangt, das Grundstück von der Grundschuld zu befreien[3]). Die letztere ist also immer nur ein das Eigenthum beschränkendes Recht, welches der Konsolidation mit demselben fähig ist. a) Begriff.

Der Grundschuldbegriff des Entwurfes entspricht in der Hauptsache dem geltenden Rechte. Nur in Hamburg und Lübeck hat das Gläubigerrecht insofern

---

[1]) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 9. Juni 1874, Striethorst Arch. 91 S. 288, und das Urth. des R. G. v. 16. Mai 1881, Entsch. in Civils. 5 S. 235.

[2]) Siehe hierzu oben S. 604—612.

[3]) §§ 1080, 1081, 1091 Abs. 2, §§ 1094. 1096, 1136.

einen erweiterten Inhalt, als der Eigenthümer, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück keinen Erfolg hat, persönlich dem Gläubiger zahlungspflichtig ist[1]). Der Entwurf lehnt diesen Standpunkt ab, indem er davon ausgeht, daß die Bestimmung einer mit der dinglichen Natur der Grundschuld an sich nicht in Einklang stehenden Zahlungspflicht des Eigenthümers bei Zulassung einer akzessorischen Hypothek neben der Grundschuld kein Bedürfniß ist, wohl aber den Gegensatz zwischen diesen beiden Rechten erheblich abschwächen und verdunkeln würde[2]).

b) Entstehung.

b) Die Grundschuld ist eine Belastung des Grundstückes, die nur auf rechtsgeschäftlichem Wege und also nur durch Vertrag und Eintragung in das Grundbuch nach näherer Bestimmung des § 828 begründet werden kann. Soll die Grundschuldsumme verzinslich sein, so muß dies unter Bezeichnung des Zinssatzes in dem Begründungsakte festgesetzt werden. Daß überhaupt das Gesetz verzinsliche Grundschulden zulassen muß, ist nicht zweifelhaft. Fraglich ist nur, ob die Zulassung besonders auszusprechen ist. Vielleicht folgt schon aus der Aehnlichkeit, welche zwischen dem Rechtsverhältnisse aus einer Grundschuld und einem Schuldverhältnisse besteht, ohne Weiteres die entsprechende Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die persönliche Schuld auf das Grundschuldverhältniß. Bezüglich der Verzinslichkeit indessen erscheint diese Auffassung doch nicht frei von Bedenken, weil bei der Grundschuld eine Forderung, welche verzinst werden könnte, nicht vorhanden ist. Das Verhältniß gestaltet sich aus diesem Grunde hier wesentlich anders als bei der Hypothek. Im Falle der letzteren zieht eine Erweiterung der Forderung um die Zinsen, wenn die Verzinslichkeit mit dem Zinssatze eingetragen ist, von selbst die Erweiterung des dinglichen Rechtes nach sich. Im Falle der Grundschuld hingegen tritt zu der Belastung des Grundstückes mit der Grundschuldsumme eine weitere Belastung desselben mit wiederkehrenden Leistungen nach Art der Reallasten hinzu. Gestattet nun der § 1135 Abs. 1, indem er eine Begriffsbestimmung der Grundschuld enthält, die Belastung des Grundstückes nur mit einer bestimmten Geldsumme, so empfiehlt es sich um so mehr, die Zulässigkeit der Erweiterung dieser Belastung in dem Gesetzbuche auszusprechen, als sonst aus dem Erfordernisse der Bestimmtheit der Geldsumme leicht der Schluß gezogen werden könnte, daß bei der Grundschuld ebenso wie bei der Wechselschuld die Verzinslichkeit ausgeschlossen sein solle. (Abs. 2.)

Verzinslichkeit.

2. Anwendung der für die Briefhypothek geltenden Vorschriften auf die Grundschuld.

§ 1136.

Wenn die Grundschuld ihrem Begriffe nach von der Hypothek nur dadurch sich unterscheidet, daß sie von einer Forderung nicht abhängig ist, so kann ihre Regelung, um das Gesetz zu vereinfachen, zweckmäßig in der Weise

---

[1]) Oben S. 604, 605.

[2]) Oben S. 611.

erfolgen, daß die entsprechende Anwendung derjenigen die Hypothek betreffenden Normen, welche eine Forderung nicht nothwendig zur Voraussetzung haben, auf die Grundschuld vorgeschrieben wird und nur im Uebrigen die Besonderheiten der letzteren ausdrücklich bestimmt werden. Der Entwurf befolgt diese Methode, indem er von folgenden Gesichtspunkten ausgeht:

1. Die anwendbaren und die nicht anwendbaren Vorschriften.

I. Die Frage, ob eine für die Hypothek gegebene Vorschrift im einzelnen Falle zur Anwendung auch auf die Grundschuld geeignet ist, wird mitunter nicht leicht zu entscheiden sein. Dennoch erscheint es nicht rathsam, die anwendbaren oder die nicht anwendbaren Paragraphen einzeln aufzuführen. Im Allgemeinen kann der Gesetzgeber darauf vertrauen, daß die Praxis seine Absicht erkennen und das Richtige finden werde. Es wird namentlich nicht zweifelhaft sein, daß diejenigen Bestimmungen, welche auf der Voraussetzung einer persönlichen Schuld beruhen, für die Grundschuld gegenstandslos sind. Andere Bestimmungen sind zwar ebenfalls auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt, können aber nur als Folgerungen aus allgemeineren Grundsätzen angesehen werden, die auch für die Grundschuld gelten müssen. Der Versuch indessen, in dieser Hinsicht durch das Gesetz Gewißheit zu schaffen, könnte leicht zu Mißverständnissen führen, da die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zur entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, sich schwer für alle Fälle im Voraus treffen läßt. Der Entwurf begnügt sich deshalb damit, den hierbei leitenden Gesichtspunkt hervorzuheben, indem er die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit in Aussicht nimmt, als nicht daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, ein Anderes sich ergiebt.

II. Bedeutung des Grundschuldbriefes.

II. Eine positive Beschränkung erleidet dieser Gesichtspunkt dadurch, daß über jede Grundschuld eine dem Hypothekenbriefe entsprechende Urkunde gebildet werden muß und folglich nur die für die Briefhypothek geltenden Vorschriften auf die Grundschuld übertragen werden können. Der Entwurf schließt sich hierin dem preuß. Rechte an. Die Grundschuld desselben ist von dem Grundschuldbriefe untrennbar[1]), und nur in dieser Gestalt hat sie in Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck und Pyrmont, Lippe-Detmold und Schaumburg Aufnahme gefunden. In Mecklenburg kommt dagegen, wenn auch nur ausnahmsweise, die selbständige Hypothek ohne Bildung eines Hypothekenscheines vor, und in Hamburg und Lübeck vermitteln die Kapitalposten den Realkredit unabhängig von einer Urkunde[2]).

Wenn die Reichsgesetzgebung neben den verschiedenen Formen der akzessorischen Hypothek in der Grundschuld eine selbständige Hypothek zuläßt, so liegt der Grund hierfür vornehmlich in der geschichtlichen Entwickelung des Hypothekenrechtes in Preußen. Diese Entwickelung hat von der durch das Institut der Hypothekenurkunde mehr und mehr verkehrsfähig gewordenen Hypothek zur Grundschuld geführt. Gerade in einer weiteren Steigerung der Verkehrsfähigkeit des hypothekarischen Rechtes durch Abstreifung der akzessorischen

---

[1]) Preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. §§ 20, 27, 38, 49 und Grundb. O. §§ 79, 82—84, 95, 119 ff.

[2]) Oben S. 604, 605, 613.

Natur desselben beruht der Zweck und das Wesen der Grundschuld. Hiermit würde es aber nicht in Einklang stehen, wenn das bürgerliche Gesetzbuch auch solche Grundschulden zuließe, welche die Bildung eines Grundschuldbriefes nicht erforderten und in Folge dessen einen Theil ihrer Verkehrsfähigkeit einbüßen würden. Auch erscheint es nicht erwünscht, die ohnehin schon ziemlich zahlreichen Gestaltungen der Kapitalsbelastung des Grundbesitzes um eine weitere durch ein besonderes Bedürfniß nicht gerechtfertigte Kategorie zu vermehren.

III. Gestaltung der Grundschuld.

III. Inwiefern die Anwendung der für die Briefhypothek geltenden Vorschriften auf die Grundschuld durch die §§ 1137—1144 eingeschränkt wird, muß sich aus einer Vergleichung des Inhaltes dieser Paragraphen mit jenen Vorschriften ergeben. Daß die letzteren erst in zweiter Linie in Betracht kommen, wird durch die Fassung des § 1136 außer Zweifel gestellt. Fraglich kann nur sein, ob die §§ 1137—1144 neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 1135 und 1136 zu einer zweckmäßigen Gestaltung der Grundschuld genügen.

1. Abhängigkeit des Gläubigerrechtes von dem Briefe.

1. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 20 erlangt der eingetragene Gläubiger „das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch die Aushändigung des Grundschuldbriefes an ihn". Die praktische Bedeutung dieses Satzes liegt anscheinend in dem Schutze, der durch denselben dem Eigenthümer, welcher die erwartete Gegenleistung für die Bestellung der Grundschuld noch nicht empfangen hat, gegen Verfügungen über die letztere gewährt werden soll. Der Gedanke indessen, auf welchem die Vorschrift nach ihren Motiven beruht, führt in seiner Konsequenz weiter, nämlich dahin, daß die Grundschuld, obschon ihre Entstehung mit der Eintragung in das Grundbuch sich vollendet, doch erst mit der Aushändigung des Grundschuldbriefes an den Gläubiger von diesem erworben werde[1]). Denkbar wäre auch eine Regelung des Verhältnisses in der Weise, daß in dem Falle, wenn der Grundschuldbrief nach den Vorschriften der Grundbuchordnung dem Eigenthümer auszuliefern ist[2]), der eingetragene Grundschuldgläubiger, so lange er nicht Inhaber des Briefes wäre, den Beweis des zur Entstehung der Grundschuld erforderlichen Vertrages weder durch den Brief noch durch die Eintragung in das Grundbuch führen könnte. Bei näherer Erwägung indessen erscheint es rathsamer, von einer besonderen Vorschrift hier überhaupt abzusehen.

Wenn die §§ 1112 ff. auf die Grundschuld entsprechend angewendet werden, so kann derjenige, auf dessen Namen dieselbe eingetragen ist, so lange er sich nicht in der Inhabung des Grundschuldbriefes befindet, die wichtigsten Rechte des Grundschuldgläubigers nicht ausüben, namentlich dieselben nicht auf einen Dritten übertragen. Eine Bestimmung, wie sie der § 20 des preuß. Ges. enthält, ist daher entbehrlich; sie ist überdies mit dem Uebelstande verknüpft, daß durch sie die Erwerbung des Verfügungsrechtes, welches an sich nur ein Ausfluß des den Gegenstand der Verfügung bildenden Rechtes ist, von einem besonderen Akte, der Aushändigung des Briefes nämlich, abhängig gemacht wird. Auch würde die Trennung des Verfügungsrechtes

---

[1]) Werner, die preuß. Grundb. und Hypoth. Ges. v. 5. Mai 1872 Th. 2, S. 30, 55.

[2]) Vergl. § 1110.

von dem mit der Eintragung für den Gläubiger sich vollendenden Erwerbe der Grundschuld den Eigenthümer nur sehr unvollkommen sichern, weil sie den Gläubiger nicht hindern würde, sich das Verfügungsrecht dadurch zu verschaffen, daß er, gestützt auf den § 1109 Abs. 1 den Eigenthümer zur Herausgabe des Briefes an ihn nöthigte. Der Eigenthümer mag freilich, wenn er Ansprüche aus der obligatorischen causa des Begründungsvertrages hat, wegen dieser Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht an dem Briefe ausüben und hierdurch der Vindikation des letzteren begegnen können. Allein dieser Schutz ist nur obligatorischer Natur und versagt, wenn nicht etwa die Vorschrift des § 15 der Konk. O. zur Anwendung kommt, im Konkurse.

Wirksamer wäre freilich der Eigenthümer geschützt, wenn die Erwerbung der Grundschuld für den Gläubiger erst mit der Aushändigung des Briefes an denselben sich vollendete. Aber dann hätte man für die Zwischenzeit entweder eine Eigenthümergrundschuld oder ein subjektloses Recht, hiermit aber den Mißstand, daß das Grundbuch in Ansehung der für einen Anderen als den Eigenthümer eingetragenen Grundschuld von vornherein unrichtig wäre, ganz abgesehen davon, daß die Verletzung der Verfahrensvorschriften über die Zustellung des Grundschuldbriefes eingreifende materielle Rechtsfolgen nach sich ziehen müßte. Nicht minder bedenklich wäre es, wenn man zu Gunsten des Eigenthümers dem Gläubiger eine mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmende nachtheilige Beweisposition zuweisen wollte.

Das einfachste Mittel zum Schutze gegen die in Rede stehende Gefahr liegt in der Hand des Eigenthümers selbst. Es besteht darin, daß er die Grundschuld gemäß § 1142 auf seinen Namen eintragen läßt und dann dieselbe überträgt. Dem praktischen Bedürfnisse wird durch dieses Mittel vollständig genügt.

2. Die *Uebertragung* der Grundschuld bedarf einer besonderen Regelung nicht, da die entsprechende Anwendung der §§ 1112—1115 nicht zweifelhaft sein kann. Daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, folgt für den Fall der Abtretung nur, daß das dingliche Recht des Gläubigers den unmittelbaren Gegenstand der Vertragserklärungen bildet. Im Uebrigen beruhen die Erfordernisse der Beglaubigung der Abtretungserklärung und der Uebergabe des Briefes bei der Hypothek nicht in Erwägungen, welche in der Forderung liegen, sondern in Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche für die Grundschuld in gleicher Weise sich geltend machen wie für die Briefhypothek. Auch bei der *Ueberweisung* im Wege der Zwangsvollstreckung sind beide Kategorieen gleich zu behandeln. Vielleicht kann es sich hier fragen, ob die Vorschriften der C. P. O., welche die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen regeln, auch auf die Grundschuld anzuwenden sind. Allein wenn in dieser Hinsicht ein Zweifel berechtigt ist, so wird er, wie die ähnliche Frage, welche bei der Begründung des § 1075 in Beziehung auf den hypothekarischen Anspruch aufgeworfen wurde, in dem Einführungsgesetze gelöst werden müssen.

2. Uebertragung des Rechtes.

Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. § 55 kann die Grundschuld „ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden (*Blankoabtretung*). Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht, die Blankoabtretung

Blankoabtretung.

durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten, und die dingliche Klage anzustellen". In der Praxis des mecklenb. Hypothekenrechtes ist die Blankoabtretung gleichfalls anerkannt[1]). Auch wird sie in Ansehung der akzessorischen Hypothek nach dem bayr. Hypothekengesetz von mehreren Schriftstellern für zulässig gehalten[2]). Der Entwurf hat dieses Institut nicht aufgenommen. Als dasselbe in Preußen eingeführt wurde, geschah es in der Erwartung, daß die Blankoabtretung die Verkehrsfähigkeit der Grundschuldbriefe bis zur Beweglichkeit marktgängiger Inhaberpapiere steigern und hierdurch den Realkredit der Grundbesitzer fördern würde[3]). Inwiefern diese Erwartung berechtigt gewesen ist, kann freilich hier nicht entschieden werden, da statistische Erhebungen darüber, in welchem Maße von der Blankoabtretung Gebrauch gemacht worden ist, nicht vorliegen, wohl auch kaum mit Erfolg sich ausführen lassen würden. Klar aber ist ohne Weiteres, daß der Grundschuldbrief, wenn er in blanco abgetreten wird, hierdurch thatsächlich die Bedeutung einer Schuldverschreibung auf Inhaber annimmt, so daß die Bedenken, welche der Freigebung dieses Institutes entgegenstehen, auch die Blankoabtretung treffen. Wird hiergegen eingewendet, daß auch der Wechsel in blanco girirt werden könne, so wird übersehen, daß die Wechselforderung, wenn auch ebenso abstrakt wie die Grundschuld, doch im Uebrigen von dieser sich wesentlich unterscheidet. Denn während die Wechselsumme regelmäßig binnen kurzer Zeit zahlbar wird und Zinsen von ihr nicht zu entrichten sind, ist die Grundschuld auf die Dauer berechnet, daher meist verzinslich und erst nach erfolgter Kündigung zahlbar. Die Wechselschuld erledigt sich für den zur Zahlung bereiten Schuldner ohne Weiterungen, da der Gläubiger durch sein eigenes Interesse genöthigt ist, den Wechsel zur Verfallzeit dem Schuldner vorzulegen. Bei der Grundschuld dagegen entstehen die größten Schwierigkeiten, wenn der Eigenthümer, welcher dieselbe kündigen oder Zahlung leisten, namentlich die Zinsen entrichten will, keine Kenntniß hat, wer gerade der Inhaber des in blanco abgetretenen Grundschuldbriefes ist.

Zinsquittungsscheine.

Zur Erleichterung der Zinsenzahlung bestimmt freilich das preuß. Ges. unter § 39, daß mit dem Grundschuldbriefe Zinsquittungsscheine ausgegeben werden können und, wenn dies geschehen, nur der Inhaber des fälligen Scheines gegen Aushändigung desselben zur Empfangnahme der Zinsen berechtigt ist[4]). Allein diese Bestimmung erscheint zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet. Sie verdankt ihre Entstehung der Vorstellung, daß man eine Einrichtung wie die Zinsscheine, welche einen wesentlichen Bestandtheil in dem Organismus der kurshabenden Werthpapiere bilden, auf den Grundschuldbrief übertragen könne[5]). Der Verkehr hat diese Vorstellung abgelehnt. Im Bezirke des vormaligen Stadtgerichtes zu Berlin z. B. sind im

---

[1]) Urth. des vorm. R. O. H. G. v. 26. Februar 1876, Entsch. 19 S. 388.

[2]) v. Gönner, Kommentar über das bayr. Hypoth. Ges. Bd. 2 S. 282 und (Graf) Bd. 3 S. 45; Regelsberger § 88 S. 438.

[3]) Werner, die preuß. Grundb. ꝛc. Ges. 2 S. 29, 62.

[4]) Vergl. hierzu die preuß. Grundb. O. §§ 95, 96, 115, 128.

[5]) Werner a. a. O. S. 114, 132.

Jahre 1878 Grundschulden mit Zinsquittungsscheinen nur 94 500 Mark, ohne solche dagegen 11 569 565 Mark zur Eintragung gelangt[1]). Den Grund für diese Erscheinung wird man darin zu suchen haben, daß Zahlstellen, wie sie für die Zinsscheine der Börsenpapiere erforderlich und in den Banken und Banquiers von selbst gegeben sind, für die Zinsquittungsscheine der Grundschuldbriefe sich nicht gebildet haben; ein Beweis dafür, daß das betheiligte Publikum mit richtigem Takte das Unzutreffende der Analogie zwischen Grundschuldbriefen und kursfähigen Werthpapieren herausgefunden hat. Gegenüber den Gefahren, welche mit den Zinsquittungsscheinen verbunden sind, muß von einer Erhaltung dieser an sich nicht lebensfähigen Einrichtung abgesehen werden.

Die Schwierigkeiten, welchen die Ausübung des dem Eigenthümer zustehenden Kündigungs- und Zahlungrechtes in Folge der Blankoabtretung begegnen kann, sind von dem preuß. Gesetze und dessen Nachbildungen nicht gehoben; sie lassen sich nach der Natur des Verhältnisses in angemessener Weise überhaupt nicht heben, wiegen aber, selbst wenn man sich über die juristischen Bedenken gegen die Zulassung der Blankoabtretung hinwegsetzt, schwer genug, um die Ablehnung dieser Einrichtung hinsichtlich der Grundschuld zu rechtfertigen.

3. Einwendungen gegen den Anspr. des Gläubigers:

3. Die Einwendungen gegen den Anspruch aus der Grundschuld bedürfen ebenfalls einer besonderen Regelung nicht. Sie unterliegen gemäß §§ 1108, 1136 den unter § 1084 für die Hypothek gegebenen Vorschriften, soweit die letzteren nicht Einwendungen gegen die Forderung zum Gegenstande haben. Da in der Begründung des § 1084 diese Einwendungen von den unmittelbar gegen das dingliche Recht bezw. dessen Geltendmachung sich richtenden Einwendungen unterschieden sind, so genügt es hier, mit wenigen Worten die Konsequenzen zu bezeichnen, welche aus den früheren Erörterungen für die Grundschuld sich ergeben.

a) aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse;

a) Der Abs. 1 des § 1084 findet auf die Grundschuld in dem Sinne Anwendung, daß, wenn zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger ein persönliches Rechtsverhältniß besteht, der Eigenthümer gegen den Anspruch des Gläubigers die in dem gedachten Verhältnisse sich gründenden Einwendungen geltend machen kann. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 Abs. 1 erscheint es fraglich, ob ein solcher Einwand, wenn das Grundstück veräußert wird, auf den Erwerber desselben übergeht und ob im Falle der Abtretung oder Ueberweisung der Grundschuld der neue Gläubiger sich den Einwand gefallen lassen muß, wenn die Sachlage aus dem Grundschuldbriefe ersichtlich oder sonst ihm bei der Erwerbung bekannt gewesen ist. Vom Standpunkte des Entwurfes ist diese Frage nach beiden Richtungen aus den oben S. 700, 701 angegebenen, auch für die Grundschuld zutreffenden Gründen zu verneinen.

b) aus dem Grundschuldverhältnisse,

b) Ebenso ist auch der Abs. 2 des § 1084 auf die Grundschuld anwendbar, selbstverständlich jedoch nur unter Berücksichtigung der Unabhängigkeit derselben von einer Forderung.

---

[1]) Preuß. Just. Min. Bl. 1879 S. 125.

α. aus dem Grundbuche,

α. Die Einwendungen, welche aus dem Inhalte des Grundbuches gegen den Anspruch des Grundschuldgläubigers hergeleitet werden können, liegen stets auf dem Gebiete des dinglichen Rechtes. Ihre Zulässigkeit darf nicht, wie nach dem preuß. Gesetze, dadurch bedingt sein, daß sie sich aus dem Grundschuldbriefe ergeben. Selbst wenn nach der Eintragung ein Wechsel in der Person des Gläubigers stattgefunden hat, ist der Eigenthümer in dem Gebrauche eines aus dem Grundbuche hervorgehenden Einwandes nicht beschränkt, da das, was das Buch in Beziehung auf ein eingetragenes Recht enthält, als jedem Erwerber des Rechtes bekannt geworden angesehen werden muß[1]).

β. gegen den Bestand der Grundschuld;

β. Die Einwendungen, durch welche das Bestehen der Grundschuld verneint wird, entsprechen den bezüglichen Einwendungen gegen den hypothekarischen Anspruch mit der Einschränkung, daß das Bestehen der Grundschuld durch die Behauptung des Eigenthümers, die bei der Bestellung des Rechtes vorausgesetzte Forderung bestehe nicht, keinesfalls in Frage gezogen werden kann. Eine solche Behauptung ist gegen den Anspruch aus der Grundschuld nur erheblich, wenn die Voraussetzungen eines Einwandes im Sinne des § 1084 Abs. 1 vorhanden sind.

Was insbesondere den Einwand der Befriedigung des Gläubigers betrifft, so ist klar, daß durch die Befriedigung die Grundschuld nicht aufgehoben wird. Die Frage aber, ob es sich empfiehlt, diesen Einwand gleichwohl unbeschränkt zuzulassen, muß verneint werden. Befriedigt der Eigenthümer den Gläubiger, so wird die Grundschuld kraft des Gesetzes auf ihn übertragen. Dies braucht indessen nicht besonders vorgeschrieben zu werden, weil es aus dem hier entsprechend zur Anwendung kommenden § 1094 mit Nothwendigkeit sich ergiebt. Befriedigt dagegen ein Dritter den Gläubiger, so gestaltet sich das Verhältniß anders als nach § 1092 bei der Hypothek. Der Dritte erlangt durch die Befriedigung des Gläubigers stets nur einen persönlichen Anspruch gegen denselben. Hat er die Leistung in der Absicht bewirkt, die Grundschuld zu erwerben, so ist es seine Sache, sich die Uebertragung durch Rechtsgeschäft zu verschaffen[2]). Der Eigenthümer kann, wenn gegen ihn von dem befriedigten Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger der dingliche Anspruch erhoben wird, gegen diesen Anspruch einen Einwand aus dem persönlichen Rechte des Dritten nicht herleiten. Dieses Ergebniß wird auch dann nicht unangemessen, wenn der Dritte als Schuldner wegen derselben Summe haftet, zu deren Beitreibung die Grundschuld berechtigt, z. B. wenn die Grundschuld zahlungshalber begründet worden und hiernächst ein Wechsel in der Person des Eigenthümers eingetreten ist. Bei einer solchen bürgschaftsähnlichen Konkurrenz der persönlichen und der dinglichen Haftung findet ein Uebergang der Grundschuld auf den zahlenden (persönlichen) Schuldner nicht statt. Dieser bleibt vielmehr auf seinen persönlichen Anspruch auf Uebertragung der Grundschuld, zu dessen Schutze ihm die Zurückbehaltung der Zahlung freisteht, angewiesen.

c) gegen das Verfügungsrecht des Gl.

c) Daß Bestimmungen, wie sie das preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 38 Abs. 3 und § 40 enthält, zur Aufnahme in das bürger-

[1]) Oben S. 711, 712.

[2]) Vergl. oben S. 721.

liche Gesetzbuch sich nicht empfehlen, ist bereits oben S. 701 (4), 702 dargethan.

3. Bedingung und Zeitbestimmung.

§ 1137.

Geltendes Recht.

Die Frage, ob eine Grundschuld unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt werden kann, wird von dem preuß. Gesetze und dessen Nachbildungen nicht entschieden. Vom Standpunkte des hamb. Gesetzes wird man sie an sich verneinen und nur die Anlegung einer Klausel zum Schutze des Eigenthümers gestatten dürfen[1]). Das mecklenb. Recht läßt bedingte und betagte Hypotheken zu[2]); es erklärt sich dies daraus, daß in Mecklenburg die selbständige Hypothek auch für die Fälle der Bürgschaft, der Kautionsleistung und des Witthumes verwendet wird. Nach dem Entwurfe ist in derartigen Fällen die akzessorische Hypothek und zwar vornehmlich die Sicherungshypothek die Rechtsform, in welcher die Sicherstellung des Gläubigers zu bewirken ist. Ein praktisches Bedürfniß für die bedingte und die betagte Bestellung einer Grundschuld ist überhaupt nicht anzuerkennen, wenn die Betheiligten im einzelnen Falle die Wahl zwischen diesen verschiedenen Formen haben. Vielmehr muß daran festgehalten werden, daß nur eine verkehrsfähige Grundschuld zuzulassen ist, weil nur die besondere und der (akzessorischen) Hypothek gegenüber erhöhte Verkehrsfähigkeit der Grundschuld deren Zulassung überhaupt zu rechtfertigen vermag. Die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld würde aber wesentlich leiden, wenn die Entstehung derselben durch Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung hinausgeschoben oder der Bestand des Rechtes auf solche Weise begrenzt werden könnte. Die Hypothek kann freilich unter Umständen in ein der Grundschuld ähnliches, aber dessenungeachtet von einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abhängig bleibendes Recht sich verwandeln, z. B. wenn die Aufhebung einer bedingten oder betagten durch Hypothek gesicherten Forderung gegenüber dem hiervon nicht unterrichteten Erwerber nicht in Betracht kommt, dabei aber doch die Hypothek der aus der Bedingtheit oder Betagtheit der Forderung sich ergebenden inneren Beschränkung unterworfen bleibt. Allein in dieser Möglichkeit liegt keine Veranlassung, auch die rechtsgeschäftliche Schaffung bedingter oder betagter Grundschulden freizugeben.

Bedürfniß.

Verkehrsfähigkeit.

Bezüglich der betagten Grundschuld ist noch hervorzuheben, daß, wenn der § 1137 die Beifügung auch eines Anfangstermines ausschließt, hiermit nur eine die Entstehung des Rechtes aufschiebende Zeitbestimmung gemeint ist, keineswegs aber die vertragsmäßige Festsetzung des Zeitpunktes der Geltendmachung des Rechtes, insbesondere die Verabredung einer Unkündbarkeit der Grundschuld für eine gewisse Zeit getroffen wird. Eine solche Nebenbestimmung ist nach § 1139 unbedenklich wirksam.

Anfangstermin.

---

[1]) Vergl. das hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 §§ 2, 11, 19 ff.

[2]) v. Meibom, das mecklenb. Hypoth. R. § 18 S. 133.

4. Grundschuldbrief.

§ 1138.

Aus der Begründung des § 1136 unter II ergiebt sich, daß über die Grundschuld stets ein Grundschuldbrief zu ertheilen ist und daß die Ertheilung nicht ausgeschlossen werden kann. Diese Folgerung wird in dem § 1138 im Einklange mit der preuß. Grundb. O. (§ 122) und deren bezüglichen Nachbildungen ausgesprochen.

5. Anspruch aus der Grundschuld.

a) Zeit und Ort der Zahlung.

§ 1139.

Bei der Hypothek entscheidet sich die Frage, ob der Anspruch des Gläubigers fällig und an welchem Orte er zu befriedigen ist, nach den für die Forderung geltenden Normen. Für die Grundschuld sind diese Normen gegenstandslos, weil dieselbe von einer Forderung nicht abhängig ist. Das Gesetz muß daher, wenn nicht bei der entsprechenden Anwendung der §§ 1075 ff. auf den Anspruch aus der Grundschuld sich Lücken ergeben sollen, besondere Vorschriften über die Zeit und den Ort der Zahlung aufstellen.

I. Zahlungszeit

I. In Ansehung der Zahlungszeit ist zwischen dem Anspruche auf das Kapital und dem Anspruche auf die Zinsen zu unterscheiden.

1. für das Kapital,

1. Darüber, wann das Kapital der Grundschuld fällig wird, enthält das preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. keine Bestimmung. Es geht, wie auch das mecklenb. Recht, davon aus, daß die Betheiligten die Zahlungszeit zu bestimmen haben, indem es unter § 23 die Angabe der Zahlungsbedingungen in der Eintragungsbewilligung vorschreibt, so zwar, daß, wenn diese Angabe fehlt, die Grundschuld nicht eingetragen werden darf. Die Anwendung eines solchen Zwanges auf die Betheiligten empfiehlt sich jedoch nicht, weil es sich dabei nur um Nebenbestimmungen handelt, von welchen die Begründung des Rechtes füglich nicht abhängig gemacht werden kann. In Ermangelung einer Vorschrift aber würde der Anspruch aus der Grundschuld sofort nach deren Eintragung fällig sein, sofern nicht die Geltendmachung in dem Begründungsvertrage hinausgeschoben wäre. Dies würde jedoch dem, was die Betheiligten gewöhnlich beabsichtigen, nicht entsprechen. Gegenüber dem Zwecke der Grundschuld, einerseits den Realkredit zu vermitteln, andererseits als Kapitalanlage zu dienen, kann als die Absicht bei der Begründung des Rechtes für die Mehrzahl der Fälle nur die vorausgesetzt werden, daß der Gläubiger seinen Anspruch erst nach einer beiden Theilen zustehenden Kündigung geltend machen dürfe und die Kündigungsfrist eine verhältnißmäßig geräumige sein solle. Bei der Bemessung der Frist auf sechs Monate folgt der Entwurf dem hamb. Gesetze, ohne indessen für die Zahlung bestimmte Tage des Jahres festzusetzen[1]).

[1]) Vergl. oben S. 645.

2. Bezüglich der Zinsen bedarf es hier keiner Vorschrift. In der Regel werden die Betheiligten in der Eintragungsbewilligung angeben, wann dieselben zu entrichten sind. Fehlt eine solche Angabe, so wird der gemäß § 1064 in das Grundbuch einzutragende Zinssatz, der regelmäßig für das Jahr und vom Hundert zu verstehen ist, auf jährliche Zahlungstermine schließen lassen. 2. für die Zinsen.

II. Für die Bestimmung des Ortes, an welchem das Kapital und die Zinsen dem Gläubiger zu zahlen sind, bietet das geltende Recht keinen Vorgang. In Mecklenburg, wo die Vorschriften des H. G. B. über den Erfüllungsort auf alle Verbindlichkeiten ausgedehnt worden sind[1]), wird nach Art. 324 angenommen, daß die (selbständige) Hypothek an dem Orte zahlbar ist, an welchem zur Zeit ihrer Entstehung der Eigenthümer gewohnt hat[2]). Diese Annahme wird auch für die preußische Grundschuld vertheidigt[3]). Sie ist jedoch als zutreffend nicht anzuerkennen, weil das Verhältniß bei der Grundschuld wesentlich anders liegt als bei den Schuldverhältnissen, welche das H. G. B. im Sinne hat. Denn während hier die Person des Schuldners, von dessen Tode abgesehen, ohne Zustimmung des Gläubigers sich nicht ändern kann, also sehr wohl geeignet ist, durch ihren Wohnsitz die ihr obliegenden Verbindlichkeiten örtlich zu fixiren, ist bei der Grundschuld ein Schuldner überhaupt nicht vorhanden, die Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes aber dem Wechsel unterworfen und deshalb für das Grundschuldverhältniß gleichgültig. Aus demselben Grunde kann auch dem Wohnorte des Gläubigers ein Einfluß auf den Zahlungsort nicht zugestanden werden. Vielmehr weist die Natur der Grundschuld als eines dinglichen Rechtes darauf hin, das von derselben belastete Grundstück als bestimmend anzusehen. Die Oertlichkeit des Grundstückes selbst ist freilich in den zahlreichen Fällen, in welchen eine Wohnstätte auf demselben nicht errichtet ist, nicht geeignet, als Zahlungsort zu dienen. Aber das Grundstück hat zugleich eine juristische Existenz in dem öffentlichen Buche, in welchem seine rechtlichen Beziehungen verzeichnet sind, mithin an dem Orte, wo das Grundbuchamt seinen Sitz hat. Dieser Ort muß daher nach der Natur des Rechtsverhältnisses[4]), welches durch die Grundschuld zur Entstehung gelangt, als der Ort bezeichnet werden, an welchem das Kapital und die Zinsen zu zahlen sind. Er paßt hierzu vorzugsweise, weil an dem Sitze der Buchbehörde etwaige Anstände durch Einsicht des Grundbuches leicht erledigt werden können und der Gläubiger stets Gelegenheit hat, die nach §§ 1119 und 1136 erforderlichen Erklärungen abzugeben. II. Zahlungsort.

III. Die Vorschriften über die Zeit und den Ort der Zahlung bezwecken nur die etwaigen Lücken des Begründungsvertrages auszufüllen. Sie kommen folglich nur insoweit zur Anwendung, als nicht die Betheiligten etwas Anderes bestimmt haben. III. Festsetzung durch Vertrag.

---

[1]) Einf. Verordn. v. 28. Dezember 1863 § 3 Nr. 7.
[2]) v. Meibom § 21 S. 157.
[3]) Dernburg, preuß. Priv. R. 1 S. 331.
[4]) Vergl. § 229.

b) Verzugszinsen.

§ 1140.

Wenn der Eigenthümer gegenüber dem Anspruche auf Beitreibung der Grundschuldsumme aus dem Grundstücke in Verzug kommt, so folgt hieraus noch nicht eine Erweiterung dieses Anspruches. Vielmehr ist der Gläubiger, sofern nicht das Gesetz eine besondere Bestimmung trifft, darauf beschränkt, den Eigenthümer persönlich auf Ersatz des durch den Verzug ihm verursachten Schadens zu belangen. Dem Zwecke der Grundschuld entsprechender ist es jedoch, den Anspruch aus derselben in diesem Falle auf Verzugszinsen von der eingetragenen Summe auszudehnen.

Das praktische Bedürfniß aber wird hierdurch noch nicht befriedigt. Denn auch ohne Verzug des Eigenthümers gegenüber dem dinglichen Anspruche kann der Gläubiger wegen der längeren Zeitdauer, welche das Zwangsvollstreckungsverfahren erfordert, eine dem Inhalte seines Rechtes widerstreitende Verzögerung der Beitreibung des Kapitales erleiden. Der Grundschuldgläubiger darf aber in dieser Beziehung nicht schlechter gestellt werden, als der Hypothekengläubiger, welcher durch Mahnung den Schuldner in Verzug setzen und den Anspruch auf Verzugszinsen gemäß § 1166 erlangen kann. Sonst würde die Grundschuld der Hypothek gegenüber an einer Schwäche leiden, welche ihre Verkehrsfähigkeit erheblich beeinträchtigen müßte.

Um dieser Unzuträglichkeit vorzubeugen, erstreckt der Entwurf den dinglichen Anspruch auch auf die dem Gläubiger von der Grundschuldsumme gebührenden Verzugszinsen, und zwar gerade so, wie sich ergeben würde, wenn der Eigenthümer persönlich diese Summe schuldete. Hierdurch ist aber dem praktischen Bedürfnisse auch genügt. Steht dem Gläubiger wegen des Verzuges noch eine besondere Ersatzforderung zu, so haftet für sie das Grundstück nicht.

c) Rückständige Grundschuldzinsen.

§ 1141.

Analogie der Hypothek.

1. Bei rückständigen Hypothekenzinsen hängt der Bestand des dinglichen Rechtes von dem Bestande der Forderung wegen der Zinsen ab. Die fällige Zinsenforderung unterliegt aber nicht den sachenrechtlichen Vorschriften über die Uebertragung und die Aufhebung des Rechtes; vielmehr finden in dieser Hinsicht lediglich die Normen des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung[1]). Was dagegen die von der Grundschuld zu entrichtenden Zinsen betrifft, so kann aus der allgemeinen Bestimmung des § 1136 nicht gefolgert werden, daß dieselben ebenso zu behandeln seien, wie die Zinsen einer durch Hypothek gesicherten Forderung[2]). Das praktische Bedürfniß verlangt aber, daß rückständige Grundschuldzinsen in Ansehung der Uebertragung und der Aufhebung des Rechtes gleichfalls nicht den erschwerenden sachenrechtlichen Vorschriften, sondern den Normen des Obligationenrechtes unterworfen werden.

---

[1]) Vergl. die §§ 1090, 1091 Abs. 4, 1101, 1108, 1121.

[2]) Oben S. 780.

Das Gesetz muß deshalb unterstellen, der Eigenthümer des Grundstückes schulde die Zinsen dem Gläubiger. Nach dieser Auffassung kann der Eigenthümer auf alle in der Person seiner Rechtsvorgänger eingetretenen Erlöschungsgründe in Beziehung auf die dingliche Haftung für die Zinsen, wie in dem Falle der Schuldübernahme der Uebernehmer, sich berufen.

Hiernach rechtfertigt sich die Bestimmung, daß der Anspruch wegen rückständiger Grundschuldzinsen nach den für den Anspruch wegen rückständiger Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften zu beurtheilen ist.

Zahlungspflicht.

2. Der Unterstellung einer Schuld des Eigenthümers darf aber eine weitere als die in dem § 1141 festgesetzte Folge nicht gegeben werden. Der Eigenthümer als solcher ist weder nach dem preuß. Gesetze über den Eigenthumserwerb ꝛc. noch nach den Nachbildungen dieses Gesetzes zur Verzinsung der Grundschuldsumme persönlich verpflichtet. Die selbständige Hypothek des hamb. Rechtes erzeugt allerdings eine solche Verpflichtung[1]), und auch in Mecklenburg findet dieselbe in beschränkter Weise statt. Allein vom Standpunkte des Entwurfes empfiehlt sich eine derartige Regelung nicht.

Klar ist, daß es eine Anomalie wäre, wenn die Belastung des Grundstückes mit einer Grundschuld neben der Minderung des Eigenthumsinhaltes noch eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers begründete. Der Eigenthümer könnte hierdurch erheblich gefährdet werden, insbesondere wenn er wegen der Grundschuld selbst Regreßansprüche an seinen Vormann hätte. Es entsteht auch ein verwickeltes Rechtsverhältniß, wenn das Recht des Gläubigers in Ansehung der Hauptsumme als Grundschuld, in Ansehung der Zinsen als Reallast behandelt wird. Zwar erscheint es nicht wünschenswerth, daß wegen geringer Zinsenrückstände das kostspielige und zeitraubende Zwangsversteigerungsverfahren eingeleitet werden muß. Allein diese Unzuträglichkeit darf nicht zu hoch angeschlagen werden. Denn gerade die drohende Zwangsvollstreckung in das Grundstück übt einen starken Druck auf den Eigenthümer zur Befriedigung des Gläubigers. Auch liegt es in der Hand des Gläubigers, sich bei der Bestellung der Grundschuld persönliche Haftung des Bestellers für die Zinsen zu bedingen. Die Analogie der Reallasten paßt schon deshalb nicht, weil bei denselben regelmäßig nur geringe, durch die Nutzungen des Grundstückes reichlich gedeckte Beträge in Frage kommen, während bei den Grundschuldzinsen es sich leicht um Summen handeln kann, welche die Nutzungen weit übersteigen.

6. Eigenthümergrundschuld.

a) Begründung der Grundschuld für den Eigenthümer.

§ 1142.

I. Gründe für das Institut:

I. Während das Pfandrecht, weil es zur Sicherung einer Forderung dient, nur an einer fremden Sache entstehen kann, läßt sich die Hypothek, wenn sie unabhängig von einer Forderung gedacht wird, mit Hülfe der Buchseinrichtung auch für den Eigenthümer des Grundstückes bestellen. In Deutsch-

[1]) Siehe oben S. 779, 780.

1. geltendes Recht; land hat, wie es scheint, zuerst die mecklenb. Gesetzgebung diesen Weg betreten. Die revid. Hypoth. O. für Landg. v. 18. Oktober 1848 bestimmt unter § 16 Ziffer 4: „Der zeitige Eigenthümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen intabuliren lassen". Später ist diese Einrichtung auch in das System der Stadtb. O. und der Domanial Hypoth. O. eingefügt worden[1]). In Lübeck wurde die Eintragung auf den Namen des Eigenthümers für die Stadt durch Verordn. v. 22. Juli 1868 § 3 und für das Gebiet durch Verordn. v. 15. Juli 1872 § 4 zugelassen. Wesentlich im Einklange mit diesen Verordnungen legt das hamb. Ges. v. 4. Dezember 1868 § 35 dem Grundeigenthümer die Befugniß bei, „vor oder bei Belastung des Grundstückes mit Hypothekposten sich die Priorität für eine von ihm bestimmte Summe durch Eintragung derselben auf seinen eigenen Namen vorzubehalten". In Preußen wurde die Eintragung auf den Namen des Eigenthümers für Neuvorpommern und Rügen bereits durch das Hypoth. Ges. v. 21. März 1868 § 81 gestattet. Das Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. v. 5. Mai 1872 verordnet dann unter § 27: „Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen". Dieselbe Bestimmung enthalten die gleichnamigen Gesetze für Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck und Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe.

Lassen somit alle Gesetze, welche die Grundschuld regeln, die Begründung derselben auch für den Eigenthümer zu, so hat die Reichsgesetzgebung keine Veranlassung, diesen Standpunkt abzulehnen. Die theoretischen Schwierigkeiten, welchen die Konstruktion einer akzessorischen Hypothek des Eigenthümers unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes begegnete, sind der Eigenthümergrundschuld gegenüber nicht oder doch nicht in gleichem Maße vorhanden. Gerade die Möglichkeit ihrer Beseitigung durch die Loslösung der Hypothek von einer Forderung ist seinerzeit in Preußen von dem erheblichsten Einflusse auf die Einführung einer selbständigen Hypothek gewesen.

2. zweckmäßige Verwerthung des Realkredites. Der praktische Nutzen, welchen die Zulassung der Begründung einer Grundschuld für den Eigenthümer diesem gewährt, liegt in der rationellen Verwerthung des Realkredites, welche durch sie ermöglicht wird. Bedarf z. B. Jemand, dem ein von Hypotheken und Grundschulden nicht belastetes Gut im Werthe von 100 000 Mark gehört, eine Summe von 20 000 Mark, so kann er dieses Kapital für denjenigen, welcher ihm dasselbe giebt, nur an der ersten Stelle der betreffenden Abtheilung des Grundbuchblattes eintragen lassen. Dies ist aber gegen sein berechtigtes Interesse, wenn die Verhältnisse des Geldmarktes so liegen, daß das Kapital zu mäßigen Bedingungen auch gegen Eintragung mit dem Range nach 40 000 Mark zu bekommen gewesen wäre. Wird dagegen dem Eigenthümer gestattet, die Grundschuld für sich selbst zu bestellen, so kann er den ganzen Gutswerth durch Schaffung solcher Grundschulden erschöpfen und davon zunächst die minder sicheren unterzubringen versuchen, die besseren aber zur Benutzung in schwierigen Zeiten zurücklegen.

---

[1]) Verordn. für den städt. Grundbes. v. 21. März 1859, für Wismar v. 22. Juni 1861, für das Domanium in Schwerin v. 8. April 1869, revid. Hypoth. O. für den Priv. Grundbes. in den strel. Domänen ꝛc. v. 24. Dezember 1872.

II. Die Bedenken, welche gegen dieses Institut aus volkswirthschaftlichen Rücksichten hergeleitet werden können, sind vor der Einführung desselben in Preußen, namentlich bei den Berathungen im Herrenhause, ausführlich erörtert, jedoch nicht für durchgreifend erachtet worden[1]). Sie ergeben sich aus der großen Vereinfachung und Erleichterung eines Rechtsgeschäftes, welches für den Eigenthümer und für alle dritten Betheiligten von einschneidenden Folgen ist. Aber diese als gefährlich bezeichnete Erleichterung ist im Wesentlichen schon dadurch gewährt, daß überhaupt eine Grundschuld mit Grundschuldbrief zugelassen wird. Jene Bedenken sind mithin gegen das Institut der Grundschuld selbst gerichtet, insofern aber bereits als erledigt anzusehen. Ließe das Gesetz die Begründung dieses Rechtes für den Eigenthümer nicht zu, so würde die Folge hiervon nur die sein, daß derselbe, um eine Grundschuld am eigenen Grundstücke zu erlangen, zunächst einen Anderen zum Grundschuldgläubiger machen und sodann von diesem erwerben müßte. Von einer Verweisung des Eigenthümers auf diesen Umweg aber würde ein Vortheil für den Realkredit nicht zu erwarten, vielmehr eine nicht unerhebliche Erhöhung der Kosten und Weiterungen zu besorgen sein. II. Gegengründe.

Man kann auch nicht zur Verhütung des oben berührten Nachtheiles daran denken, die Grundschuldbriefe zu Inhaberpapieren zu erheben und damit die Ausgabe derselben an eine staatliche Genehmigung zu knüpfen. Denn auf diesem Wege würde man auf der einen Seite über das Bedürfniß des Verkehres hinausgehen, auf der anderen Seite aber die Gefahr herbeiführen, daß das wirkliche Bedürfniß nicht befriedigt würde, — ganz abgesehen von den bereits früher gegen die Zulassung von Inhabergrundschuldbriefen geltend gemachten Bedenken[2]). Inhabergrundschuld.

Ebensowenig empfiehlt es sich, die Grundschuld des Eigenthümers durch die Eintragung eines bloßen Stellenvorbehaltes für denselben zu ersetzen. Die Gründe, aus welchen dieses Institut bei der Hypothek von dem Entwurfe abgelehnt worden ist[3]), sprechen im Allgemeinen für die Ablehnung auch bei der Grundschuld. Man könnte zwar den Stellenvorbehalt mit der Wirkung verbinden, daß derselbe im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstückes die Eigenschaft einer Grundschuld annähme. Immerhin aber würde der Vorbehalt nicht ein übertragbares, einen Gegenstand der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger des Eigenthümers bildendes Recht darstellen, sondern nur zur Begründung einer Grundschuld mit gewissem Range befähigen. Das Recht würde somit einen anomalen Karakter haben; auch würden bei eintretender Theilung des Grundstückes Verwickelungen zu befürchten sein. Stellenvorbehalt.

III. Der Akt, durch welchen die Grundschuld für den Eigenthümer begründet wird, unterscheidet sich von der Bestellung einer solchen für eine andere Person nur dadurch, daß an die Stelle des dinglichen Vertrages die einseitige Erklärung des Eigenthümers tritt. Die Vorschriften der §§ 828 ff. III. Begründungsakt.

---

[1]) Siehe hierüber Werner, die preuß. Grundb. und Hypoth. Ges. ꝛc. 2 S. 56, 85.

[2]) Oben S. 785. Vergl. auch S. 635—637.

[3]) Siehe oben S. 204, 736, 737.

sind daher insoweit für die Eigenthümergrundschuld gegenstandslos, als sie das Erforderniß des Vertrages zur Begründung eines dinglichen Rechtes aufstellen bezw. nothwendig voraussetzen. Die §§ 830 und 831 eignen sich indessen zur entsprechenden Anwendung auch auf die gedachte Erklärung des Eigenthümers. Mag auch das, was der § 1142 bezüglich des Begründungsaktes bestimmt, schon aus anderen Vorschriften des Entwurfes bei richtiger Auslegung derselben sich ergeben, so erscheint es doch, um Mißverständnissen vorzubeugen, zweckmäßig, hier ausdrücklich zu reden.

b) Inhalt der Eigenthümergrundschuld.

§ 1143.

Preußisches Recht.

Das preuß. Gesetz über den Eigenthumserw. ꝛc. bestimmt den Inhalt der Eigenthümergrundschuld unter §§ 27, 28 für den Fall, wenn die Eintragung von vornherein auf den Namen des Eigenthümers erfolgt, und unter §§ 64 bis 66 für die Fälle, wenn die für einen Anderen eingetragene Grundschuld von dem Eigenthümer oder das Grundstück von dem Gläubiger erworben worden ist. In Gemäßheit der §§ 27, 28 gilt Folgendes: Der Eigenthümer erlangt dadurch, daß er auf seinen Namen eine Grundschuld eintragen und sich einen Grundschuldbrief ertheilen läßt, „das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen". „Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstückes abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers". Nach den §§ 64—66 kann der Eigenthümer die Grundschuld auf seinen Namen umschreiben bezw. stehen lassen, oder über dieselbe verfügen.

In gleicher Weise wird das Verhältniß auch in den Gesetzen über den Eigenthumserwerb ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc. geordnet[1]).

Standpunkt des Entwurfes.

Vom Standpunkte des Entwurfes besteht kein Grund für eine verschiedene Gestaltung des Inhaltes der Eigenthümergrundschuld, je nachdem die Eintragung von vornherein für den Eigenthümer oder zunächst für einen Anderen erfolgt war. Wird einmal ein solches Recht an dem eigenen Grundstücke zugelassen, so ist es ganz gleichgültig, auf welchem Wege der Berechtigte dazu gelangt ist. Der Eigenthümer muß an sich in den vorausgesetzten Fällen die für den Berechtigten aus der Grundschuld fließenden Befugnisse haben, wenn der wirthschaftliche Zweck der Eigenthümergrundschuld erreicht werden soll. Es bedarf aber hier keiner Aufzählung dieser Befugnisse, da aus der Bezeichnung des Eigenthümers als Grundschuldgläubigers in dem § 1143 der Standpunkt des Entwurfes deutlich hervorgeht. Die entsprechende Anwendung der für die Briefhypothek geltenden Vorschriften auf die Grundschuld muß namentlich ergeben, daß der Eigenthümer vermöge der ihm zustehenden Grund-

[1]) Im Uebrigen siehe wegen des geltenden Rechtes oben S. 201, 202, 679, 725, 726.

schuld alle diejenigen Rechte hat, welche das preuß. Gesetz ihm zuschreibt. In der Hauptsache deckt sich die Grundschuld des Eigenthümers inhaltlich mit der Eigenthümerhypothek, so zwar, daß sie auch den Beschränkungen unterliegen muß, welche das Gläubigerrecht im Falle der letzteren erleidet. Der Eigenthümer hat daher das Recht zur Beitreibung der Grundschuldsumme und der Zinsen nur in den Grenzen der Eigenthümerhypothek. Um in dieser Hinsicht Zweifeln vorzubeugen, welche aus der zwischen Hypothek und Grundschuld bestehenden Verschiedenheit entnommen werden könnten, wird in § 1143 die entsprechende Anwendung der §§ 1076 und 1099 Abs. 2 besonders vorgeschrieben

7. Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und der Hypothek in eine Grundschuld.

§ 1144.

Zulassung der Umwandlung.

Wenn das Gesetz in der Hypothek und der Grundschuld zwei verschiedene Rechtsformen zur Erreichung des nämlichen wirthschaftlichen Zweckes gewährt, so geht es davon aus, daß die Entscheidung darüber, welche Form im einzelnen Falle die angemessene ist, den Betheiligten überlassen bleiben muß. Die Konsequenz dieses Gedankens führt nothwendig dahin, im Interesse des Realkredites auch die Umwandlung der einen Form in die andere zu gestatten. Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. § 29 kann die Hypothek auf Antrag des Eigenthümers und des Gläubigers in eine Grundschuld umgewandelt werden, wenn diejenigen in der zweiten und dritten Abtheilung gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten einwilligen, welche vor dem Tage, an welchem dieses Gesetz in Kraft getreten ist, eingetragen sind[1]). Die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek ist nicht vorgesehen, von dem Kammergerichte jedoch für zulässig erklärt worden[2]).

Vertrag und Eintragung.

Der Entwurf verlangt für beide Fälle der Umwandlung, weil es sich dabei um eine Aenderung des Inhaltes eines eingetragenen Rechtes handelt[3]), Vertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Gläubiger sowie Eintragung in das Grundbuch. Die Fälle liegen rechtlich nicht wesentlich anders als der Fall der rechtsgeschäftlichen Begründung eines Rechtes. Die für diesen Fall geltenden Vorschriften der §§ 828—833 und 837—839 müssen daher hier entsprechend angewendet werden. Die Umwandlung reicht selbstredend in ihren Wirkungen nicht weiter, als in dem Vertrage bestimmt ist; sie läßt deshalb die für das umgewandelte Recht bestehenden rechtsgeschäftlichen Normen über Kündigung, Verzinslichkeit und Zinssatz unberührt, falls hierüber bei der Umwandlung neue Bestimmungen nicht getroffen sind. Im Uebrigen ist zwischen den beiden Fällen zu unterscheiden.

---

[1]) Ebenso die Ges. über den Eigenthumserw. ꝛc. für Oldenburg, Coburg-Gotha ꝛc.

[2]) Johow und Küntzel, Jahrb. für Entscheid. des Kammergerichts 1 S. 139.

[3]) Vergl. §§ 841, 1106, 1107, 1134.

Zustimmung Dritter.

a) Die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek bedarf nicht der Zustimmung von gleich- oder nachstehenden Berechtigten, da deren Rechtsstellung durch sie nur eine günstigere werden kann.

b) Bei Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld trifft dagegen dieser Grund nicht zu. Die Hypothek kann wegen Nichtbestehens der Forderung von Jedem bekämpft werden, dem ein ihr im Range nicht vorgehendes Recht an dem Grundstücke zusteht. Sie ist im Vergleiche zur Grundschuld das in sich beschränktere Recht, da diese ihren Gegenstand ohne Rücksicht auf eine Forderung ergreift. Die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld enthält daher die Möglichkeit einer Benachtheiligung der dem Gläubiger gleich- oder nachstehenden Berechtigten; sie kann folglich nur mit deren vertragsmäßiger Zustimmung, wie solche nach § 1134 auch zur Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek erforderlich ist, gestattet werden.

Inhalt und Wirkung der Umwandlung.

Darüber, daß im Wege der Umwandlung eine Grundschuld nur mit dem aus §§ 1135 ff. sich ergebenden Inhalte geschaffen werden kann, besteht kein Zweifel. Ausgeschlossen ist namentlich die Umwandlung einer bedingten Hypothek in eine bedingte Grundschuld. Wohl aber kann eine solche Hypothek mit Zustimmung aller Betheiligten in eine unbedingte Grundschuld umgewandelt werden.

Die Forderung erlischt nicht nothwendig mit der Umwandlung, z. B. dann nicht, wenn die Grundschuld nur dazu dienen soll, die Zahlung an den Gläubiger zu vermitteln.

Dritter Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen (Faustpfandrecht)[1].

Vorbemerkungen.

Rechtsgeschäftliches, gesetzliches,

Man unterscheidet drei Arten der Begründung des Pfandrechtes: durch Rechtsgeschäft, durch Gesetz und durch Pfändung. In diesem Titel ist nur die rechtsgeschäftliche Begründung geordnet. Als gesetzliches Pfandrecht bezeichnet man ein solches, bei welchem das Gesetz solche Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechtes bestimmt, welchen ein rechtsgeschäftlicher Karakter nicht beigemessen werden kann, wenn auch jene Entstehung meistens

---

[1]) Das Faustpfandrecht ist vielfach durch partikulare Spezialgesetze geregelt. Zu erwähnen sind: 1. das württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 und Ges. v. 21. Mai 1828, betr. die vollständige Entwickelung des neuen Pfandsystems; 2. das weimar. Pfandges. v. 6. Mai 1839; 3. das hess. Pfandges. v. 15. September 1858; 4. die brem. Erbe- und Handfestenordn. v. 30. Juli 1860; 5. das hannov. Ges., das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse betr., v. 14. Dezember 1864; 6. das anhalt. Ges., das Pfandrecht an bewegl. Sachen, Werthpapieren auf den Inhaber und Forderungen betr., v. 23. April 1870, vergl. auch das anhalt. Ges., die abgesonderte Be-

auf Willensakte des Eigenthümers zurückzuführen ist und deshalb auch wohl zuweilen unter den Gesichtspunkt einer Begründung durch stillschweigende Willenserklärung (pignus tacitum) gestellt wird. Das Pfändungspfandrecht ist in gewissem Sinne auch ein gesetzliches Pfandrecht mit der Eigenthümlichkeit, daß ein Akt öffentlich-rechtlicher Natur nach Maßgabe der Vorschriften der Verfahrensgesetze das Pfandrecht begründet. Pfändungspfandrecht.

Die Voraussetzungen der Begründung des gesetzlichen Pfandrechtes und des Pfändungspfandrechtes sind lediglich den betreffenden Gesetzen zu entnehmen. Nur ist nach § 296 Abs. 2, § 312 die Pfändbarkeit der Regel nach abhängig von der Uebertragbarkeit, soweit es sich um die Entstehung von Pfandrechten an Rechten handelt. Bei der inneren Verschiedenheit des zur Begründung verlangten Thatbestandes wird eine aushülfsweise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung kaum in irgend einem Punkte gerechtfertigt sein. Anders liegt die Sache, was den Inhalt des Pfandrechtes betrifft; doch bleibt auch hier im Einzelnen zu prüfen, inwieweit die Prozeßgesetze und die Gesetze, welche ein gesetzliches Pfandrecht gewähren, für die Anwendung der Vorschriften des Entwurfes Raum lassen.

§ 1145.

1. Der Entwurf stellt, wie bei den übrigen begrenzten Rechten in § 1145 Bestimmungen voran, welche mittelbar eine Definition des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache enthalten. Der Begriff des Pfandrechtes ist in den Vorbemerkungen zu dem neunten Abschnitte erörtert. Der Entwurf redet von dem Rechte des Pfandgläubigers, Befriedigung zu verlangen, und nicht von dem Rechte desselben, sich aus dem Pfande zu befriedigen, weil durch den gewählten weiteren Ausdruck auch der Fall getroffen wird, wenn der Pfandverkauf von einem anderen Gläubiger betrieben wird. Begriff des Faustpfandrechtes.

Die Bezeichnung „Faustpfandrecht" ist als technische nicht wohl zu entbehren und entspricht dem regelmäßigen Inhalte des Rechtes. Der Ausdruck hat allerdings einen anderen Sinn, als in der Reichsgesetzgebung, wo er ein qualifizirtes Pfandrecht an Sachen oder Rechten bezeichnet, welches im Konkursfalle ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt. Der Ausdruck in diesem Sinne wird künftig, wenn die Wirkung der Pfandrechte im Konkurse und außerhalb des Konkurses dieselbe sein wird, nicht mehr passen.

2. Die akzessorische Natur des Faustpfandrechtes setzt eine Forderung voraus, deren Erfüllung gesichert werden soll. Daß die Forderung eine ver- Akzessorische Natur.

---

friedigung gewisser Gläubiger und die Rangordnung der Gläubiger im Konkurse betr., v. 13. April 1870; 7. das coburg-gothaische Ges. über die Pfandrechte an Immobilien v. 14. Juli 1870; 8. das oldenb. Ges., die Verpfändung von Schiffen und anderen bewegl. Sachen und Forderungen betr., v. 3. April 1876 (G. S. S. 195; übereinstimmende Gesetze sind für das Fürstenthum Lübeck am 28. Januar 1879 und für das Fürstenthum Birkenfeld am 19. März 1879 erlassen); 9. das braunschw. Ges., die Verpfändung von bewegl. Sachen und Forderungen betr., v. 8. März 1878.

mögensrechtliche, mithin eine solche sein muß, deren Gegenstand Geld ist oder in Geld übergehen kann (vergl. § 796 der C. P. O.), braucht nicht ausgedrückt zu werden, weil diese Beschränkung aus der Eigenschaft des Pfandrechtes als des Mittels zu dem Zwecke der Befriedigung des Gläubigers durch Realisirung des Pfandes sich ergiebt.

Unvollkommene Obligationen.

3. Nach dem Entwurfe bleibt die Möglichkeit bestehen, daß das Gesetz unvollkommene Obligationen zuläßt. Es ist denkbar, daß die im Gesetze bestimmte Unvollkommenheit der Obligation die Möglichkeit der Sicherung derselben durch Pfandbestellung freiläßt, aber die Bestimmung hierüber wird dort zu treffen sein, wo der Umfang der Unvollkommenheit bestimmt wird. Ueber die Möglichkeit einer Pfandbestellung für verjährte Forderungen braucht nichts bestimmt zu werden; ein Grund hierfür ist auch nicht in den Vorschriften des § 182 Abs. 2 und des § 183 Abs. 1 (vergl. § 1192 Abs. 2, 3), welche einzelne Härten der Verjährung beseitigen, zu finden. Da aus der Pfandbestellung meistens ein Verzicht auf die Einrede der dem Besteller bekannten Thatsache der Verjährung zu entnehmen sein wird, so können nur in den Fällen Zweifel eintreten, in denen der Verpfänder in Unkenntniß über die Verjährung ist. Die Erledigung dieser Zweifel wird sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben und kann der Doktrin und Praxis überlassen werden.

Künftige, bedingte oder unbestimmte Forderungen.

4. Der zweite Absatz des § 1145 entspricht dem auf die Bürgschaft sich beziehenden § 669 (vergl. auch § 1062 Abs. 2). Wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechtes ist es erforderlich, daß bei der Verpfändung auf die zu sichernde Forderung hingewiesen und hierdurch der konkrete Inhalt des Pfandrechtes bestimmt wird. Unzweifelhaft ist, daß für betagte Forderungen Pfandsicherheit gegeben werden kann, da hier der Regel nach — wenn die Betagtheit nicht der Bedingtheit gleichbehandelt wird — die Forderung schon besteht. Bei der bedingten Forderung könnten schon eher Zweifel entstehen, da nach dem Entwurfe im Falle der Suspensivbedingung die Forderung vorläufig nur in Gestalt des bedingten Rechtes besteht; indessen wird eine Sicherung des bedingten Rechtes durch Pfand nicht versagt werden dürfen, da das praktische Bedürfniß hierzu nöthigt. Man wird aber noch weiter zu gehen haben und eine Verpfändung auch in den Fällen zulassen müssen, in denen ein bedingtes Recht noch nicht vorliegt. Der Entwurf spricht aus, daß die Forderung nicht nur eine bedingte, sondern auch eine künftige oder unbestimmte sein könne. Unter einer unbestimmten Forderung wird eine solche Forderung verstanden, deren Gegenstand sich erst später bestimmt[1]). Das Erforderniß bleibt selbstverständlich bestehen, daß die zu sichernde Forderung in dem dinglichen Vertrage auf eine solche Weise bezeichnet ist, welche schließlich auf eine bestimmte Forderung hinleitet. Bei den auch nicht in Gestalt eines bedingten Rechtes schon existirenden Forderungen können aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes Zweifel entnommen werden, inwieweit für die künftige Forderung eine gewisse Grundlage, sei es in der Gebundenheit beider Kontrahenten oder in der Gebundenheit des einen oder des anderen Kontrahenten, gegeben sein muß[2]). Der

[1]) Weim. Pfandges. § 9.
[2]) Entsch. d. R. G. Bd. 14 S. 250.

Entwurf überläßt die Lösung dieser Zweifel der Wissenschaft und Praxis und begnügt sich, indem er lediglich von der Möglichkeit der Sicherung durch Pfand redet, mit der mehr negativen Bestimmung, daß es einer schon gegenwärtig bestehenden und ihrem Gegenstande nach bestimmten Forderung nicht bedürfe, damit der dingliche Vertrag gültig sei.

Pfandrecht an ungetrennten Erzeugnissen.

5. Als Gegenstand des Pfandrechtes wird eine bewegliche Sache vorausgesetzt, und zwar eine selbständige bewegliche Sache, welche tradirt werden kann und an welcher die Begründung von Rechten nicht um deswillen ausgeschlossen ist, weil die zu verpfändende Sache den wesentlichen Bestandtheil einer anderen Sache bildet, insbesondere in den Erzeugnissen eines Grundstückes besteht (§ 784 Abs. 1). Die C. P. O. gestattet im § 714 die Pfändung der noch ungetrennten Früchte einen Monat vor der Reife. Nach den Komm. Prot. zur C. P. O. S. 494 ff. soll der Bestimmung keine prinzipielle Bedeutung beigelegt, insbesondere nicht etwa angenommen werden, daß durch solche die rechtliche Selbständigkeit der mit der fruchttragenden Sache verbundenen Früchte Rechtens geworden sei. Hiernach kann es zweifelhaft erscheinen, ob mit dem Pfändungsakte das Vollstreckungspfandrecht zur Existenz gelangt oder ob inzwischen etwa eine dingliche Gebundenheit desjenigen, welchem mit der Trennung die Früchte zufallen, eintritt und nach § 712 Abs. 2 der C. P. O. auf geeignete Weise ersichtlich zu machen ist.

Für den Entwurf erhebt sich die Frage, ob eine Besonderheit in Ansehung der rechtsgeschäftlichen Begründung des Pfandrechtes an noch ungetrennten Erzeugnissen zu bestimmen sei. Dem geltenden Rechte ist eine derartige Besonderheit fast gänzlich fremd[1]). Eine Durchbrechung der Vorschriften über den Ausschluß von Sonderrechten an wesentlichen Bestandtheilen entspricht nicht der Absicht der C. P. O. und müßte durch Gründe eines dringenden praktischen Bedürfnisses gerechtfertigt sein, an denen es jedoch fehlt. In den Bemerkungen zu § 901 Abs. 2 ist erörtert worden, daß der auf noch ungetrennte Erzeugnisse einer Sache sich beziehende Traditionsakt in der Weise vorgenommen werden könne, daß die Erzeugnisse in und mit der Sache tradirt werden, daß die Tradition sich aber erst mit der Trennung der Früchte vollende, welche während der Dauer der Inhabung des Empfängers stattfindet. In der Zwischenzeit kann nach § 86 eine dingliche Bindung des Tradenten stattfinden, wie zu § 901 des Näheren erörtert worden ist. Die Analogie des § 901 Abs. 2 wird schon dahin führen, daß die Tradition zu Pfandrecht oder Nießbrauch ähnlich zu behandeln ist, wie die in § 901 Abs. 2 gedachte Eigenthumstradition. Die Besonderheit des Prozeßrechtes, daß nach § 712 Abs. 2 der C. P. O. statt der Einräumung und Ergreifung der Inhabung der fruchttragenden Sache zur Kundbarmachung der beabsichtigten Rechtsveränderung besondere Mittel gebraucht werden können, beruht auf prozeßrechtlichen Gründen; eine Besonderheit ähnlicher Art würde sich für das durch Rechtsgeschäfte zu begründende Pfandrecht nicht rechtfertigen.

---

[1]) Das preuß. R. leidet an großer Dunkelheit (vergl. A. L. R. I, 20 §§ 113—115). Das zür. G. B. § 879 kennt eine Verpfändung der Früchte durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch.

§ 1146.

Pfandrecht an einem Bruchtheile.

Die Vorschrift des § 1146 entspricht der Vorschrift des § 981 und ist aus den gleichen Gründen aufgenommen. Die Zulässigkeit der Begründung des Faustpfandrechtes an dem Antheile eines Miteigenthümers ergiebt sich aus § 948, doch wird auch die Verpfändung einer erst zu bildenden Quote seitens des Alleineigenthümers der Sache oder seitens des eine Quote seiner Quote verpfändenden Miteigenthümers für zulässig erachtet werden müssen, wenn die Zulässigkeit einer solchen Verpfändung nicht ausgeschlossen wird. Für Vorkaufsrecht und Hypothek sind solche Ausnahmebestimmungen in §§ 953, 1063 aufgenommen worden. Das sächs. G. B. § 372 schließt durch eine allgemeine pfandrechtliche Vorschrift die Quotenverpfändung auch bei dem Faustpfandrechte aus. Der Entwurf geht nicht so weit. Besondere Gründe für eine beschränkende Vorschrift liegen bei dem Faustpfandrechte nicht vor. Die Quotenverpfändung seitens des Alleineigenthümers wird zwar selten vorkommen, kann aber immerhin unter Umständen im Interesse der Betheiligten liegen. Auch läßt sich nicht übersehen, ob nicht möglicher Weise die Beschränkung den Handelsverkehr beeinträchtigen könnte.

Es ist nicht zu leugnen, daß bei einem jeden Quotenpfandrechte dem Gläubiger eine selbständige thatsächliche Herrschaft über das Pfand fehlt und an die Stelle der Ausübung der Inhabung in den wesentlichsten Beziehungen die Ausübung der Gemeinschaftsrechte (§ 1184) tritt, daß mithin die allgemeinere Frage nicht unberechtigt ist, ob nicht überhaupt das Quotenpfandrecht nach den Regeln über das Pfandrecht an Rechten behandelt zu werden verdiene. Es erscheint indessen der Karakter des Quotenpfandrechtes als eines Sachpfandrechtes überwiegend. Das Pfandobjekt steht unter einer thatsächlichen Herrschaft, bei deren Ausübung der Quoteneigenthümer ausgeschlossen bleibt, während bei dem Rechtspfande von einer thatsächlichen Herrschaft des Pfandberechtigten über das eigentliche Pfandobjekt überall nicht die Rede sein kann und das Pfandrecht einen mehr hypothekenartigen Karakter annimmt. Ueber die Realisirung des Quotenpfandrechtes wird in §§ 1184, 1185 bestimmt.

§ 1147.

Begründung des Faustpfandrechtes durch Uebergabe.

1. Die Vorschrift des ersten Absatzes des § 1147, welche die Erfordernisse des Begründungsvertrages bestimmt und der Vorschrift des § 983 entspricht, bedarf einer weiteren Rechtfertigung nicht. Das Faustpfandprinzip, welchem das Erforderniß der Uebergabe entspricht, ist seit Erlaß der Vorschriften der Konk. O. über die Geltendmachung des Pfandrechtes an beweglichen Sachen im Konkurse überall angenommen, auch wo es bis dahin noch nicht streng durchgeführt war[1]). Auch die Allegirung der §§ 803, 804, 829, des § 874 Abs. 3, der §§ 875, 876 bedarf keiner Rechtfertigung, da dieselben Gründe für

[1]) Ausf. Ges. zur Konk. O. für Preußen §§ 3, 5 (interessirt hier wegen des Kreises Lauenburg), beide Mecklenburg § 3, Meiningen § 4, Altenburg § 4, Lippe-Detmold § 3, Waldeck Art. 1, Lippe-Schaumburg § 92, Reuß ä. L. § 18, Reuß j. L. § 5, Hamburg § 4.

eine solche Allegirung maßgebend sind, welche bei der Vorschrift über die rechtsgeschäftliche Begründung des Nießbrauches, § 983 Abs. 2, entschieden haben.

Constitutum possessorium.

2. Einer Rechtfertigung bedarf aber die Bestimmung des Entwurfes über das Erforderniß der Uebergabe, soweit dieselbe von den Vorschriften des § 983 abweicht.

Der Vorschrift des § 983 Abs. 2, in welcher auch § 805 angeführt ist, würde es entsprechen, daß auch eine Uebergabe genügt, welche dem constitutum possessorium ähnlich ist und nur dadurch von demselben sich unterscheidet, daß der detinirende Besitzer des Pfandes und Besteller des Pfandrechtes durch seine Erklärungen zu dem Pfandgläubiger in die Stellung eines Unterinhabers gegenüber einem Oberinhaber — nicht eines Inhabers gegenüber einem Besitzer — tritt. Bei dem Nießbrauche hat der Entwurf ein derartiges constitutum possessorium nicht für unzulässig und unwirksam erklärt. Für das Faustpfandrecht wird eine nach §§ 803, 804 sich vollziehende Uebergabe verlangt, also eine dem § 805 entsprechende Uebergabe für nicht genügend erklärt; zur Beseitigung eines jeden Zweifels ist in dem letzten Satze des dritten Absatzes ausdrücklich einer Vereinbarung, der Verpfänder solle das Pfand in der Inhabung behalten, die Wirksamkeit abgesprochen. Auch einer Umgehung des Gesetzes durch körperliche Uebergabe mit sich anschließender Rückgabe ist durch § 1191 vorgebeugt. Damit ist auch die Wirksamkeit eines bei Veräußerung einer beweglichen Sache bedungenen Vorbehaltes ausgeschlossen, durch welchen der Veräußerer sich ein Pfandrecht an der in die Inhabung des Erwerbers gelangenden Sache reservirt. Diese Verschärfung des Uebergabeerfordernisses bei der Verpfändung beweglicher Sachen entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]) und den Vorschriften des § 14 des Einf. Ges. zur Konk. O. sowie des § 40 der Konk. O. (vergl. Mot. zur Konk. O. S. 198).

Wenn das Pfand in der Inhabung des Verpfänders verbleibt, so tritt einerseits das dem Rechtsverhältnisse entsprechende thatsächliche Verhältniß äußerlich weit weniger deutlich hervor als in dem gleichen Falle bei dem Nießbrauche, in welchem regelmäßig der behaltende Eigenthümer einen die Nutzungen darstellenden Entgelt für die Belassung gewährt, und andererseits ist die mit der Zulassung des constitutum possessorium verknüpfte Unersichtlichkeit des Rechtsverhältnisses gerade bei dem Pfandrechte mit besonderen Gefahren verbunden, indem das constitutum possessorium vielfach benutzt werden würde, um geheime, die Sicherheit des Verkehres, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen. Endlich ist auch daran zu erinnern, daß bei der Besitzübergabe durch constitutum possessorium das Eigenthum des Erwerbers durch die strafrechtlichen Vorschriften über Unterschlagung geschützt und in Folge davon das eintretende Rechtsverhältniß im klaren Bewußtsein der Betheiligten erhalten wird, während bei der Inhabungs-

---

[1]) Hamb. Statut II, 4 Art. 2; preuß. A. L. R. I, 20 §§ 104, 105; sächs. G. B. § 467 in Verb. mit § 292; Pfandgesetze für Württemberg Art. 40, 259, Anhalt §§ 2, 4, Oldenburg Art. 17, Braunschweig § 2, Weimar §§ 35, 57 ff., Bremen §§ 122, 123. Auch code civil Art. 2076 ist im Sinne der Verschärfung des Uebergabeerfordernisses zu verstehen.

übergabe durch constitutum possessorium zu Pfandzwecken ein ähnlicher strafrechtlicher Schutz gegen eine Unterschlagung des Detentors der eigenen Sache fehlt (vergl. § 289 des Str. G. B.).

Mitinhabung. 3. Wo das Erforderniß der Uebergabe für den dinglichen Vertrag aufgestellt wird, wird diesem Erfordernisse durch Einräumung der Mitinhabung genügt, sofern auf diesem Wege derjenige thatsächliche Zustand hergestellt wird, dessen Herstellung der Inhalt des zu begründenden Rechtes an der Sache fordert; denn Mitinhabung ist auch Inhabung. Aber eben, weil Mitinhabung auch Inhabung ist, würde es mit der Ausschließung einer Tradition, bei welcher der Tradent die Inhabung der Sache behält, nicht vereinbar sein, wenn die Herstellung einer jeden Art von Mitinhabung für genügend erklärt würde, da alsdann auch eine solche Gestaltung der Mitinhabung zulässig sein würde, bei welcher der Eigenthümer nicht gehindert wird, ohne Zuziehung des Gläubigers zur Sache zu gelangen und über dieselbe zu verfügen. Der Entwurf fordert eine dergestalt qualifizirte Gestaltung der Mitinhabung, welche eine unmittelbare und selbständige thatsächliche Verfügung des Eigenthümers über das Pfand ausschließt und eine solche Verfügung als ein Wegnehmen (§ 289 des St. G. B.) erscheinen lassen würde. Die Haltung unter Mitverschluß und die Verwahrung des Pfandes durch einen gemeinsamen Treuhänder sind solche Gestaltungen[1]), deren Zulässigkeit dem geltenden Rechte nicht unbekannt ist und von welchen die letztere bereits in § 200 als zulässig vorausgesetzt ist.

Wird das Pfandrecht durch Herstellung eines qualifizirten Mitinhabungsmodus begründet, welcher dem Gläubiger nicht positiv die unabhängige thatsächliche Gewalt über das Pfand verschafft, sondern denselben nur sichern soll, daß nicht ohne seine Einwilligung thatsächlich über das Pfand verfügt wird, so soll durch einen solchen Begründungsakt ein Pfandrecht begründet werden, dessen Inhalt in Ansehung des Inhabungsrechtes des Gläubigers (§ 1153) etwas gemindert ist. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine solche Minderung des Pfandrechtsinhaltes nachträglich nach Entstehung des Pfandrechtes eingeführt oder auch wieder aufgehoben wird und zwar durch einen dinglich den Inhalt des Pfandrechtes gestaltenden Vertrag, indem zugleich die dem veränderten Inhalte des Pfandrechtes entsprechende Gestaltung der Inhabung hergestellt wird.

Erwerb in gutem Glauben. 4. In dem zweiten Absatze des § 1147 werden neben den Vorschriften über das Traditionserforderniß auch die Vorschriften über den Erwerb des Eigenthumes in gutem Glauben (§§ 877, 879, 880) allegirt. Die Eigenschaft der Hingabe zu Faustpfandrecht als eines Verkehrsgeschäftes fordert, daß die Vorschriften des Entwurfes über den Schutz des guten Glaubens im Falle der Verpfändung zur analogen Anwendung gelangen[2]).

Der § 878 ist nicht mit allegirt, sondern durch die Vorschrift des § 1152 ersetzt.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 14 S. 101 ff.; Einf. Ges. zur Konk. O. § 17 Ziff. 1 u. 2.

[2]) H. G. B. Art. 306 Abs. 2; österr. G. B. §§ 456, 367; schweiz. Obl. R. Art. 213.

§ 1148.

1. Der § 1148 trifft alle Fälle der Pfandhaftung mit Ausnahme des Falles, wenn das Pfand für fremde Schuld bestellt ist (§ 1149). Haftung des Pfandes für

Der § 1148 enthält Normen dispositiver Natur, wie sich durch die Hinweisung auf eine mögliche anderweite Bestimmung ergiebt. Was die Fälle des gesetzlichen und des Pfändungspfandrechtes anbelangt, so tritt hier an die Stelle der Frage nach dem Parteiwillen die Frage nach der Absicht des Gesetzes. Beide Fragen verdienen eine übereinstimmende Beanwortung. Auch das Gesetz ist im Zweifel dahin auszulegen, daß in gleichem Umfange Sicherheit gewährt werden solle, wie solche durch rechtsgeschäftliche Verpfändung gewährt sein würde. In Ansehung des Pfändungspfandrechtes ist dies im § 709 Abs. 2 der C. P. O. zum Ausdrucke gelangt. a) die Forderung.

Nach dem § 1148 geht die Pfandhaftung über die Bürgenhaftung in einer Richtung hinaus. Der Entwurf läßt in allen Beziehungen, sowohl in Ansehung des ursprünglichen Forderungsbestandes als in Ansehung späterer Aenderungen und Erweiterungen, insbesondere durch den Hinzutritt von Nebenforderungen, die Haftung der Person und der Sache zusammenfallen, und zwar, abweichend von § 672 Abs. 2 Satz 2, mit Einschluß derjenigen Aenderungen und Erweiterungen, welche in einem Rechtsgeschäfte sich gründen. Daß das Pfandrecht für solche Aenderungen und Erweiterungen auf spätere neue Verpfändungen zurückzuführen, also späteren Datums ist, als das zuerst begründete Pfandrecht, kann nicht angenommen werden; vielmehr ist davon auszugehen, daß von vornherein für die Forderung in deren künftiger Gestalt hat Pfand bestellt werden sollen. Veränderungen können durch Verzicht auf Einreden, durch den Gegenstand der Obligation ändernde Vereinbarungen ꝛc. erfolgen. Die Fälle, in welchen an Stelle der früheren Verbindlichkeit eine ganz neue gesetzt wird (§ 264), oder der alten Forderung eine neue selbständige Forderung hinzutritt, bleiben übrigens unberührt. b) Erweiterungen derf.

2. Die Nebenforderungen auf die Kosten der Rechtsverfolgung gegen die Person und gegenüber der Sache einschließlich der Kosten der Kündigung und des Pfandverkaufes sind von den Ansprüchen auf Ersatzleistung wegen Verwendungen auf das Pfand zu unterscheiden. c) Kosten.

Wenn man von dem Prinzipe ausgeht, daß die gegebene Pfandsicherheit bestimmt sei, zur Deckung aller voraussehbaren Forderungen zu dienen, welche an ein bestimmtes Rechtsverhältniß sich anschließen, so muß man die Kosten der persönlichen Rechtsverfolgung gegen den Schuldner neben den Kosten der gegen die Sache sich richtenden Rechtsverfolgung einschließlich der Kosten des Pfandverkaufes durch die Pfandhaftung mit gedeckt werden lassen. Daß für die Hypothek bezüglich der Kosten der gegen die Person des Schuldners sich richtenden Rechtsverfolgung ein Anderes in § 1066 bestimmt ist, hat seinen Grund in dem Spezialitätsprinzipe. Die Kosten der Kündigung, sofern der Schuldner solche zu tragen hat, sind, wie bei der Hypothek § 1066, mitzuerwähnen, wenn dieselben auch nur von geringer praktischer Bedeutung sind und als in den Kosten der Rechtsverfolgung mitbegriffen angesehen werden könnten. Die Impensenansprüche des Pfandgläubigers bestimmen sich nach § 1159.

Auseinanderfallen von Schuld und Eigenthum.

3. Der Entwurf bestimmt nichts Besonderes für den Fall, wenn das Pfand zwar für eigene Schuld bestellt ist, aber später Eigenthum und Schuld auseinander gefallen sind. Die spätere Eigenthumsübertragung, welche insbesondere im Wege der Anweisung (§ 804) bei Nichtwiderspruch des innehabenden Pfandgläubigers möglich ist, ändert an dem Umfange der Pfandhaftung nichts, da die Pfandhaftung von Anfang an für die künftigen Erweiterungen und die künftig hinzutretenden Nebenforderungen begründet war und durch die Veräußerung nicht gemindert werden kann. War der Verpfänder Nichteigenthümer und hat derselbe nur in Folge der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben gültig ein Pfandrecht bestellt, so deckt der gute Glaube des Erwerbers den Mangel des Eigenthumes des Verpfänders vollständig. Ist die Verpfändung nicht von Anfang an gültig gewesen, sondern nachträglich durch Genehmigung des Eigenthümers konvaleszirt, so bleibt nur die Möglichkeit, daß durch eine Einschränkung der Genehmigung eine nur unvollkommene Konvaleszenz, was den Umfang der Pfandhaftung betrifft, herbeigeführt wird.

§ 1149.

Pfandhaftung für fremde Schuld.

1. Im Falle der Verpfändung für fremde Schuld muß die Willensauslegung in Ansehung der beabsichtigten Pfandhaftung sich in engeren Grenzen halten, als bei der Verpfändung für eigene Schuld. Im ersteren Falle ist der Verpfänder Interzedent. Ob ein Interzedent nur einen bestimmten Gegenstand seines Vermögens für die fremde Schuld hat haften lassen wollen oder ob er als Bürge mit seinem ganzen Vermögen haftbar werden wollte, macht in Ansehung der hier in Betracht kommenden Willensfrage über den Umfang der Haftung keinen Unterschied. Aus diesem Grunde sind die einschlagenden Vorschriften über die Bürgschaft im vorliegenden Falle zur entsprechenden Anwendung geeignet. Allgemein die Vorschriften über die Bürgenhaftung auf die Haftung des für fremde Schuld bestellten Pfandes für anwendbar zu erklären, geht nicht an, da manche Bestimmungen über die Bürgschaft, z. B. die Vorschriften über die Einrede der Vorausklage, nicht passen würden. Mit § 672 steht § 671, welcher das Einrederecht der Bürgen aus der Person des Hauptschuldners betrifft, im Zusammenhange. Es wird nicht verkannt werden und ergiebt sich aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes, daß das gleiche Einrederecht in allen Fällen eintritt, wenn das Eigenthum des Pfandes und die Schuld auseinander fallen, mag auch ursprünglich für eigene Schuld verpfändet sein[1]).

Grundsätze der Bürgenhaftung.

2. Die Pfandhaftung für fremde Schuld geht insoweit über die Grundsätze der Bürgenhaftung hinaus, als sie auch die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung und die Verwendungskosten umfaßt.

---

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 473 Satz 2; bayr. Entw. III Art. 473 Satz 2. Im hess. Pfandges. § 172 werden beide Fälle der Verpfändung für fremde und eigene Schuld gleichgestellt.

§ 1150.

Haftung eines jeden Theiles des Pfandes.

1. Der erste Absatz entspricht der ähnlichen für die Hypothek geltenden Vorschrift in § 1071 [1]) und drückt ein allgemein anerkanntes pfandrechtliches Prinzip aus.

Getrennte Bestandtheile.

2. Die Vorschrift des zweiten Absatzes spricht eine Konsequenz des allgemeinen Prinzipes aus, daß die körperliche Zerlegung einer Sache auf den dinglichen Rechtsbestand der Regel nach ohne Einfluß ist (vergl. § 898). Sollten die Voraussetzungen gegeben sein, unter welchen die abgetrennten Früchte in das Eigenthum eines anderen dinglich Berechtigten oder eines redlichen Besitzers übergehen, so entscheiden über das Verhältniß der konkurrirenden Betheiligten die gewöhnlichen Regeln. Eine Bestimmung, welche der in § 1067 Ziff. 2 für die Hypothek gegebenen Vorschrift entspricht, wird für das Faustpfandrecht nicht gegeben, da eine solche Vorschrift positiven Karakters nur aus der freieren Stellung des Eigenthümers des mit einer Hypothek belasteten Grundstückes sich rechtfertigt und bei dem Faustpfandrechte dahin führen würde, daß der Gläubiger anderen Personen, denen gegenüber der Regel nach der Altersvorzug entscheidet, nachstehen müßte.

Rangverhältniß.

§§ 1151, 1152.

Altersvorzug

1. Der Altersvorzug ist freilich eine Folge des rechtslogischen Satzes, daß Niemand mehr Recht übertragen könne, als er selbst habe. Wenn der Entwurf dennoch im Mobilienrechte (in Ansehung des Immobilienrechtes vergl. § 840) den Altersvorzug in § 1151 gerade nur für das Pfandrecht bestimmt, so sollte damit einem wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechtes naheliegenden Mißverständnisse vorgebeugt werden; denn es könnte einerseits die Datirung des Pfandrechtes für eine künftige Forderung nach dem Zeitpunkte der Begründung des dinglichen Rechtes bestritten werden, wie solches in der gemeinrechtlichen Doktrin auch wirklich geschehen ist, und andererseits könnte die Regel des Altersvorzuges bei dem Pfandrechte geleugnet werden, weil unter Forderungen ein Altersvorzug nicht besteht.

Ausnahmsweise Bevorzugung.

2. Der Entwurf kennt keine Bevorzugung eines Pfandrechtes um der Art der gesicherten Forderung willen [2]). Das Reichsrecht und auch das aufrecht zu erhaltende Landesrecht enthalten solche Bevorzugungen absoluter und relativer Natur [3]).

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 21, 157; sächs. G. B. §§ 373, 374; weim. Pfandges. § 85 Ziff. 1.

[2]) Vergl. jedoch § 521 Abs. 5. Die ähnliche Bevorzugung eines reallastartigen Rechtes findet sich in §§ 858, 863.

[3]) Vereins-Zollges. v. 1. Juli 1869 §§ 14, 100; Ausf. Gesetze zur Konk. O. für Preußen §§ 6, 7, beide Mecklenburg §§ 5, 6, Altenburg § 3, Coburg-Gotha §§ 3, 4, Schwarzburg-Rudolstadt § 21, Schaumburg-Lippe §§ 94, 95. Relative Bevorzugungen einzelner Pfandrechte gegenüber gewissen anderen Pfandrechten kommen besonders vor im H. G. B. Art. 411, 771 ff., 779, 781.

Rang des gutgläubig erworbenen Pfandrechtes.

3. Die entsprechende Anwendung des § 878 auf die Fälle des Erwerbes eines Pfandrechtes an einer mit früheren Rechten belasteten Sache kann nicht zu einem Erlöschen, sondern nur zu einem Zurücktreten der früheren Rechte führen. Auf die entsprechende Anwendbarkeit des § 878 hätte auch in der Vorschrift über die Begründung des Pfandrechtes (§ 1147 Abs. 2) hingewiesen werden können. Es erscheint jedoch rathsamer, weil deutlicher, den § 878 an der bezeichneten früheren Stelle und auch hier nicht zu allegiren, sondern eine besondere Bestimmung über den Altersvorzug des im guten Glauben erworbenen Pfandrechtes zu geben. Durch den guten Glauben wird der Mangel im Verfügungsrechte des Auktors, welcher Mangel auch blos eine Folge des Belastetseins der Sache sein kann, gedeckt, aber, da es sich lediglich um eine Begünstigung des Erwerbers handelt, nur insoweit gedeckt, daß dem Interesse des Erwerbers genügt und demselben ein erststelliges Pfandrecht verschafft wird. Diese Begünstigung des Erwerbers wird wohl auch (vergl. § 521 Abs. 5 und H. G. B. Art. 306 Abs. 2) dahin ausgedrückt, daß die früher an der Sache begründeten Rechte nicht geltend gemacht werden können.

Unterstellt man ein aufgehobenes Recht, dessen Aufhebung anfechtbar ist, so nimmt die mala fides des Erwerbers die Gestalt der Kenntniß der Anfechtbarkeit an und muß zu Gunsten des bei erfolgter Anfechtung wiederhergestellten Rechtes die Anwendung auch der Vorschrift des § 1152 Satz 1 ausschließen. Das Allegat des § 877 Satz 2 hat an dieser Stelle dieselbe Bedeutung wie in § 878.

Der in der Rangbestimmung liegende ausnahmsweise Rechtsgewinn muß denselben Ausnahmen unterliegen und zu einer ähnlichen Kondiktion gegen denjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, führen, wie der in § 1147 Abs. 2 bestimmte Rechtsgewinn, welcher in Folge der Verpfändung seitens eines Nichtberechtigten gemacht wird. Deshalb sind auch hier die §§ 879, 880 allegirt.

Vertragsmäßige Rangänderung.

4. Eine Aenderung der Rangordnung im Wege des Rechtsgeschäftes kann selbverständlich durch rechtsgeschäftliche Aufhebung und Neubegründung unter Betheiligung derjenigen Personen, deren Rechte eine Aenderung erfahren, herbeigeführt werden. Die Zulassung einer Rangabtretung mit dinglicher Wirkung durch Vertrag zwischen dem vorgehenden und dem nachfolgenden Pfandgläubiger ist wegen der Seltenheit der mehrfachen Belastung eines Pfandes nicht Bedürfniß und kann auch nicht, wie ähnliche Verträge des Immobilienrechtes (§ 841), genügend kundbar gemacht werden.

§ 1153.

Inhabungsrecht des Pfandgläubigers;

1. Die Vorschrift des § 1153 steht im Zusammenhange mit der Vorschrift § 1147 über die Begründung des Pfandrechtes. Zur Begründung durch Rechtsgeschäft ist erforderlich Einräumung der Inhabung an den Pfandgläubiger (mit Ausschluß der Einräumung der bloßen Oberinhabung des Pfandgläubigers, bei welcher der Pfandschuldner die Sache behält) oder die Einräumung einer qualifizirten Mitinhabung (vergl. zu § 1147 S. 802 unter Nr. 3). Der durch den Begründungsvertrag hergestellte Inhabungsmodus

ist der dem Inhalte des begründeten Rechtes entsprechende, an welchen also beide Theile gebunden sind.

In § 1153 Abs. 1 wird bestimmt, daß die ausschließliche Inhabung des Pfandes durch den Gläubiger — nicht eine gemeinsame Inhabung — in der Regel dem Inhalte des Pfandrechtes entspreche. Im Falle der Umwandlung dieser Inhabung in eine Oberinhabung, bei welcher der Pfandschuldner das Pfand inne hat, kann nach § 1191 Abs. 1 das Pfandrecht nicht weiter fortbestehen, wie es andererseits im Wege der Einräumung einer solchen Inhabung durch constitutum possessorium nicht entstehen kann.

Indem in § 1153 Abs. 2 bestimmt wird, daß der regelmäßige Detentionsmodus rechtsgeschäftlich auf einen qualifizirten Mitinhabungsmodus des § 1147 Abs. 3 beschränkt werden kann, wird erstens darauf hingewiesen, daß eine solche Beschränkung in dem Begründungsvertrage liegen kann, und zweitens wird eine entsprechende Veränderung des Inhaltes des Pfandrechtes ohne Aufhebung und Neubegründung desselben durch einen späteren dinglichen, also den Einzelnachfolger bindenden, Vertrag freigegeben, bei welchem die auf die dingliche Veränderung gehende Richtung des Vertragswillens in der Herstellung des vereinbarten Inhabungsmodus sich ersichtlich machen wird.

bei gesetzlichen ꝛc. Pfandrechten.

2. In den Fällen des gesetzlichen und des Pfändungspfandrechtes wird regelmäßig zur Entstehung des Pfandrechtes verlangt, daß der Pfandberechtigte oder ein Pfandhalter eine gewisse, wenn auch zuweilen abgeschwächte, Art von Inhabung des Pfandes erlangt hat (§§ 521, 536, 543, 574, 628; § 41 Nr. 1 der Konk. O.; § 712 Abs. 1, 2 der C. P. O.; vergl. auch Art. 374, 382, 409, 410, 624, 629 des H. G. B.). Für diese Fälle muß auch der Grundsatz gelten, daß der Pfandgläubiger ein Recht auf Aufrechterhaltung derjenigen Inhabungsgestalt hat, welche zu der Entstehung seines Rechtes erforderlich ist, daß ferner das Recht des Pfandgläubigers in der unter Nr. 1 gedachten Weise wirksam und dergestalt beschränkt werden kann, daß das Pfandrecht bestehen bleibt. Da die einschlagenden Vorschriften hierüber keinen Zweifel lassen können, so ist es nicht nöthig, besonders darauf hinzuweisen.

Möglich bleibt, daß ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Sachen ohne jedes Recht zur Inhabung besteht, wie das Pfandrecht der Schiffsgläubiger des H. G. B. (vergl. auch § 1067 Ziff. 2, 3).

Nutzungspfand.

§ 1154.

Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.

1. Der § 1154 betrifft eine Qualifikation des Pfandrechtes, welche durch die Privatautonomie bestimmt werden kann und eine nutzbare Pfandsache zur Voraussetzung hat. Würde nichts bestimmt, so würde der mögliche Gebrauch des Pfandes einstweilen ruhen, die abgetrennten Früchte aber ebenso wie überhaupt abgetrennte Bestandtheile das Rechtsschicksal des Pfandes theilen. Möglich würde sein, daß Pfandrecht und Nießbrauch oder ein nur obligatorisches Benutzungsrecht in der Person des Pfandgläubigers konkurriren, wobei der vereinbarte Entgelt für das dingliche oder obligatorische Benutzungs-

recht ein Kompensationsobjekt insbesondere für die Zinsen der gesicherten Forderung bilden kann. Verschieden von diesen Rechtsverhältnissen, deren Schaffung schon nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig erscheint, ist eine Gestaltung des Pfandrechtes, bei welcher dem Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes zu eigenem dinglichen Rechte gebühren sollen, so daß insbesondere der § 899 über den Fruchterwerb eines Nutzungsberechtigten kraft dinglichen Rechtes Anwendung findet, ein Unterschied gegenüber dem Nießbraucher aber in der Richtung besteht, daß der Pfandgläubiger die Nutzungen zwar zu eigenem Rechte, aber als Pfandgläubiger für fremde Rechnung haben soll, um sie auf wirthschaftlich geeignete Weise zu Gelde zu machen oder ihren Geldwerth sich anrechnen zu lassen. Für eine solche Realisirung der Nutzungen findet, da es sich nicht um fremdes Gut handelt, der pfandrechtliche Realisirungsmodus nicht Anwendung. In Ansehung der Frage, wie die Nutzungen zu Gelde zu machen und abzurechnen sind, kommt der dingliche Karakter des Nutzungspfandrechtes nicht in Betracht. Bei der Abrechnung wird der Pfandgläubiger eine ähnliche Stellung haben wie ein Beauftragter, also an- und abrechnungspflichtig sein, nur daß sein Recht dinglicher Natur ist und ihm nicht blos ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Das Nutzungspfandrecht entspricht dem geltenden Rechte[1]). Ob ohne besondere gesetzliche Bestimmung eine Erweiterung des Pfandrechtes durch Kombinirung mit einem für fremde Rechnung zum Pfandzwecke auszuübenden nießbrauchartigen Rechte zulässig sein würde, erscheint mindestens sehr zweifelhaft; es ist deshalb im ersten Absatze des § 1154 die Zulässigkeit bestimmt. Bei dem Pfandrechte an Grundstücken würde die ähnliche Erweiterung des Pfandrechtes, welche in der Gestalt der Antichrese im früheren Rechtsleben nicht selten war, einen wesentlich anomaleren Karakter annehmen, da sie das Grundstück in die Inhabung des Hypothekenberechtigten bringen würde. Für die Ablehnung der Zulassung und besonderen Regelung eines solchen Rechtsverhältnisses sind die S. 630 angegebenen Gründe maßgebend gewesen.

Verpflichtung des Pfandgläubigers.

2. Mit der Ausdehnung des Rechtes des Pfandgläubigers erweitert sich auch das Legalschuldverhältniß zwischen Pfandgläubiger und Eigenthümer, dessen Natur zu § 1156 Abs. 2 näher erörtert werden wird. Zur Bestimmung dieser Erweiterung an das Legalschuldverhältniß zwischen Nießbraucher und Eigenthümer sich anzulehnen, würde in mehreren Beziehungen nicht passen. Da der Pfandgläubiger die Nutzungen, um sich aus denselben zu befriedigen, für Rechnung des Eigenthümers bezieht, so fehlt es an einem Grunde für die obligatorische Abgrenzung des Rechtes des Pfandgläubigers in Ansehung der übermäßigen Früchte (vergl. § 988 Abs. 2). Ferner sind aus demselben Grunde, weil nämlich die Nutzungen für fremde Rechnung bezogen werden, die Erhaltungspflichten des Pfandgläubigers (vergl. § 1157) ganz anderer Natur, als die Erhaltungspflichten des Nießbrauchers. Auch einzelne Vorschriften über die Verpflichtungen des Nießbrauchers zu allegiren, erscheint nicht räthlich. Der Entwurf redet deutlicher, wenn er die weiteren Pflichten des

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 140, 141; code civil Art. 2081, 2085; sächs. G. B. §§ 476—478; hess. Pfandgs. § 185 Abs. 2.

Pfandgläubigers, welcher die Nutzungen zu beziehen hat, unmittelbar und ohne Bezugnahme im zweiten Abſatze des § 1154 angiebt.

Abweichende Vereinbarungen.

3. Die Vorſchrift des zweiten Abſatzes über die Realiſirung des Nutzungspfandrechtes beſtimmt den Inhalt dieſes Pfandrechtes. Es liegt indeſſen kein genügender Grund vor, die Betheiligten an den hier beſtimmten geſetzlichen Realiſirungsmodus feſt zu binden. Vereinbarungen, daß eine Rechnungslegung nicht ſtattfinden ſoll und dem Pfandgläubiger die Nutzungen an Zahlungsſtatt zur Tilgung der Zinſen oder der Kapitalforderung, alſo zum Bezuge für eigene, nicht für fremde Rechnung zufallen ſollen, ſind nicht ſelten und dienen zur Vereinfachung. Damit ſolche Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung getroffen werden können, iſt eine dieſelben zulaſſende geſetzliche Beſtimmung erforderlich und im dritten Abſatze deshalb gegeben.

Auslegungsregel bei fruchttragenden Sachen.

4. Iſt eine fruchttragende Sache zum Pfande beſtellt, ſo entſpricht es dem beiderſeitigen Intereſſe und deshalb dem zu vermuthenden Willen der Betheiligten, daß ein Pfandrecht mit erweitertem Inhalte hat beſtellt werden ſollen. Namentlich der Verpfänder wird ein weſentliches Intereſſe daran haben, daß der Pfandgläubiger nicht nur zur ſorgfältigen Aufbewahrung, ſondern auch zur ſorgfältigen Ziehung der Nutzungen verpflichtet wird. Nach dem vierten Abſatze des § 1154 ſoll deshalb die Natur der verpfändeten Sache als einer fruchtbringenden im Zweifel zu der Auslegung berechtigen, daß die Begründung eines qualifizirten Pfandrechtes beabſichtigt ſei. Selbſtverſtändlich iſt für eine ſolche Auslegung kein Raum in den Fällen des Mitverſchluſſes oder der Verwahrung des Pfandes durch einen Pfandhalter.

§ 1155.

Schutz des Faustpfandrechtes.

1. Dem Karakter des Pfandrechtes als eines dinglichen Rechtes entſpricht es, daß dem Pfandgläubiger der Anſpruch auf Herſtellung des dem Inhalte ſeines Rechtes entſprechenden Zuſtandes (der Inhabung bezw. der nach § 1147 Abſ. 3, § 1153 beſchränkten Inhabung) und die Anſprüche zuſtehen, welche bei analoger Anwendung der Vorſchriften über den Eigenthumsanſpruch aus einem rechtsverletzenden Verhalten oder einer ungerechtfertigten Bereicherung dritter Perſonen ſich entwickeln. Es iſt deshalb die Vorſchrift des § 1155, welche der Vorſchrift des § 1017 (vergl. auch § 964) entſpricht, prinzipiell gerechtfertigt. Der Umſtand, daß das Intereſſe des Pfandgläubigers an der Sache ein Pfand- und Sicherungsintereſſe und nicht ein Eigenthums- oder Nutzungsintereſſe iſt, wird auf die Feſtſtellung des zu erſetzenden Schadens bezw. der herauszugebenden Bereicherung, ferner auch auf die Erſtattungspflicht des Pfandgläubigers in Anſehung der vom Beſitzer auf die Sache gemachten Verwendungen Einfluß ausüben; doch wird die Würdigung dieſes Einfluſſes der Doktrin und Praxis zu überlaſſen ſein. Durch die Beſtimmung, daß die allegirten Vorſchriften nur zur analogen Anwendung zu gelangen haben, wird auf das Erforderniß der Berückſichtigung der obwaltenden Unterſchiede hingewieſen.

2. In einigen modernen Geſetzgebungen iſt die Verfolgbarkeit des Pfandes ſeitens des Pfandgläubigers gegenüber dem Beſitzer oder Inhaber des Pfandes

Digitized by Google

beschränkt. Meistens freilich wird man von einer solchen Beschränkung im eigentlichen Sinne nicht reden können, vielmehr laufen die in Einzelnheiten von einander abweichenden Bestimmungen darauf hinaus, daß der Fortbestand des Pfandrechtes an den Fortbestand der Inhabung geknüpft oder wenigstens mit der Erlangung der Sache seitens eines redlichen Erwerbers aufgehoben wird[1]). In diesen beiden Beziehungen — Aufhebung durch Verlust der Inhabung und Aufhebung zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers — entscheiden die Vorschriften des § 1191 bezw. des § 878. Weiter könnte nur eine den Fortbestand des Rechtes nicht berührende Beschränkung der Verfolgbarkeit des Rechtes in Frage kommen, wie solche im § 479 des sächs. G. B. bestimmt wird. Die Abschwächung eines dinglichen Rechtes durch Versagung der Rechtshülfe bildet indessen eine Anomalie, welche besser zu vermeiden ist.

Verwahrungspflicht und Rückgewährungspflicht des Pfandgläubigers.

§ 1156.

Vertragsmäßige Verpflichtungen.

1. Die Hingabe einer Sache unter der Vereinbarung, daß der Empfänger gehalten sein solle, die Sache einstweilen zu verwahren, um sich in einem bestimmten Falle durch Realisirung der Sache wegen einer Forderung an den Gebenden zu befriedigen, kann unter den Begriff des Hinterlegungsvertrages fallen und wird diesem Begriffe auch dadurch nicht mit Nothwendigkeit entzogen, daß dem Verwahrer ein Pfandrecht an der Sache bestellt und derselbe nicht etwa auf ein bloßes Zurückbehaltungsrecht beschränkt ist. Für den letzteren Fall, den Fall des contractus pignoraticius des gemeinen Rechtes, beruht die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers auf einem obligatorischen Vertrage und ergiebt sich hieraus auch die Konsequenz, daß die Gläubigerschaft des Anvertrauenden sich durch den Kontrakt bestimmt und nicht von dem Eigenthume abhängig ist. Die neueren Gesetzgebungen scheinen dem röm. Rechte darin zu folgen, daß sie den Anvertrauungsvertrag als Grundlage der Verwahrungs- und Rückgabepflichten des Pfandgläubigers ansehen. Dieser Vertrag empfängt vielfach eine besondere Regelung; der Gebrauch der Sache und die Verfügung über dieselbe, insbesondere die Verpfändung, werden verboten[2]).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 116, 118, 119; code civil Art. 276; anhalt. Pfandges. § 6; braunschw. Pfandges. § 5; württemb. Pfandges. Art. 258 Satz 2; weimar. Pfandges. § 108; coburg. Pfandges. Art. 2; brem. Erbe- und Handfestenordn. § 122, 123; zür. G. B. § 165; schweiz. Obl. R. Art. 219; ital. G. B. Art. 1882; niederl. G. B. Art. 1199.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 121, 122, 127 ff.; code civil Art. 2079, 2080; sächs. G. B. §§ 475, 476; hess. Pfandges. Art. 174, 185, 186; weimar. Pfandges. § 116; österr. G. B. §§ 459, 460; zür. G. B. § 866; schweiz. Obl. R. Art. 220; württemb. Pfandges. Art. 254; bayr. Entw. III Art. 430; dresd. Entw. Art. 955 bis 957, 959.

Wenn der Entwurf über den contractus pigneraticius hier sowohl als im Obligationenrechte schweigt, so ist damit der contractus pigneraticius nicht etwa als möglicher und wirksamer Vertrag geleugnet, sondern nur nicht besonders geordnet, weil das Bedürfniß einer besonderen Regelung nicht angenommen ist.

Legalschuldverhältniß.

2. Von dem Schuldverhältnisse, welches auf den Anvertrauungsvertrag sich gründet, ist ein dem Schuldverhältnisse zwischen Nießbraucher und Eigenthümer analoges Legalschuldverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer wohl zu unterscheiden. Die innere Konsequenz treibt dazu, ein solches Legalschuldverhältniß, wenn dasselbe auch im geltenden Rechte nicht klar ausgeprägt ist, bei dem Pfandrechte an beweglichen Sachen zu bestimmen. Soweit der Pfandgläubiger kraft seines Rechtes die thatsächliche Verfügungsmacht hat, muß dieser Macht eine obligatorische Grenze gezogen, d. h. müssen mit dem Rechte zur Inhabung Verpflichtungen verbunden werden, durch deren Verletzung das Eigenthum verletzt wird, deren Erfüllung also der Eigenthümer als solcher verlangen kann. Es ist nur natürlich, daß diese Verpflichtungen mit denjenigen Verpflichtungen inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmen, welche auch dem Willen der Kontrahenten bei dem contractus pigneraticius entsprechen. Der Unterschied bleibt, daß Gläubigerschaft und Schuldnerschaft des Legalschuldverhältnisses durch das dingliche Rechtsverhältniß der Pfandbelastung bestimmt werden, mithin der Nichteigenthümer, welcher eine Sache verpfändet hat, nicht Gläubiger und der Putativpfandberechtigte nicht Schuldner wird.

a) Aufbewahrung und Rückgewähr.

3. In dem ersten Absatze des § 1156 wird die Aufbewahrungs- und Rückgewährungspflicht des Pfandgläubigers im Anschlusse an die Vorschrift des § 614 über die Hauptverpflichtungen des Depositars bestimmt. Die Rückgewährungspflicht gestaltet sich verschieden je nach dem Inhabungsmodus des Pfandgläubigers. Nach dieser Verschiedenheit bestimmen sich die zur Herstellung des dem Eigenthume entsprechenden Zustandes erforderlichen Handlungen, zu denen der Pfandgläubiger verpflichtet wird.

Maßregeln zum Schutze des Eigenthümers.

4. Zu dem zweiten Absatze des § 1156 ist in entsprechender Weise, wie in dem ähnlichen Falle beim Nießbrauche (§ 1006) bestimmt, welche Rechte der Eigenthümer haben soll, wenn der Pfandgläubiger die Aufbewahrungspflicht in erheblichem Maße verletzt. Die prozessuale Befugniß des Pfandschuldners, die Anordnung von Sicherungsmaßregeln zu verlangen, würde nicht genügen[1]). Der Eigenthümer selbst kann nach den Prinzipien des Faustpfandrechtes nicht zum Sequester bestellt werden; dagegen bietet sich hier neben der Sequestration der einfache Weg, daß man das Recht des Eigenthümers zur Lösung des Pfandes früher eintreten läßt. Da aus dem Betreten dieses Weges seitens des Pfandgläubigers dem Eigenthümer kein Schaden erwachsen darf, so muß derselbe, wie im Falle der Hypothek, dem Pfandgläubiger bei einer unverzinslichen Forderung ein Interusurium in Anrechnung bringen dürfen.

---

[1]) Eine abweichende Meinung ist in den Motiven zu § 745 des sächs. G. B. ausgesprochen. Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 § 126; hess. Pfandges. Art. 185.

§ 1157.

b) Verkaufsrecht wegen Verderb der Sache ꝛc.

In Ansehung der gesetzlichen Erhaltungspflichten des Pfandgläubigers ist zu berücksichtigen, daß die Schaffung des pfandrechtlichen Verhältnisses ein Mittel ist, um dem Eigenthümer Kredit zu verschaffen, während durch die Begründung des Nießbrauches eine Zuwendung an den Nießbraucher beabsichtigt ist. Die Verwahrung des Pfandgläubigers erscheint deshalb in höherem Maße als ein der Hauptsache nach fremdes Geschäft des letzteren, während die thatsächliche Verfügung des Nießbrauches über die Sache ein eigenes Geschäft ist. Die Pflichten des Pfandgläubigers sind deshalb mehr nach den Pflichten eines Verwahrers zu bemessen.

Von den Fällen, in denen die Sorge für die Sache besondere Maßnahmen erfordert, berücksichtigt der Entwurf nur den Fall, daß der Verderb oder eine die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdende Minderung des Werthes des Pfandes zu besorgen ist. Andere bei dem Nießbrauche vorkommende Fälle, z. B. Anmaßung von Rechten, Zerstörung oder Beschädigung der Sache seitens dritter Personen (§ 996), Versicherungsüblichkeit (§ 1001) werden nicht berücksichtigt, da für solche Fälle allgemeine Verpflichtungen des Pfandgläubigers zur Ergreifung gewisser Maßregeln nicht wohl bestimmt werden können.

Wenn die bezeichnete Voraussetzung (§ 1157 Abs. 1 Satz 1) vorliegt, so werden dem Pfandgläubiger Pflichten und Rechte beigelegt.

Der Pfandgläubiger wird verpflichtet, den Eigenthümer von der Gefahr und später von der Vollziehung des Verkaufes zu benachrichtigen, soweit solche Mittheilungen thunlich sind (§ 1157 Abs. 1 Satz 1, 4, Abs. 2; vergl. § 997, § 998 Abs. 2).

Unter Voraussetzung der Gefährdung des Pfandes und der vorherigen Androhung des Verkaufes wegen der Gefährdung wird dem Pfandgläubiger das Recht des früheren Verkaufes gegeben und das hierbei zu beobachtende Verfahren im Anschlusse an § 278 (vergl. auch § 911) geregelt, jedoch dem Eigenthümer die Abwendung des Verkaufes durch Sicherheitsleistung freigelassen (§ 1157 Abs. 1 Satz 2, 3). Die Voraussetzung der Androhung wird für den Fall aufgegeben, wenn der erforderliche Zeitaufwand die Gefahr des Verderbes erhöhen würde (§ 1157 Abs. 2 Satz 2).

Daß der Erlös an die Stelle des veräußerten Pfandes tritt (§ 1157 Abs. 3 Satz 1), entspricht dem auch in § 1219 anerkannten Prinzipe der Surrogation; doch wird dem Eigenthümer, damit ihm aus der Umwandlung der Sache nicht eine größere Gefahr erwachse, das Recht zuzugestehen sein, die öffentliche Hinterlegung zu fordern (§ 1157 Abs. 3 Satz 2).

Ist die Veräußerungsbefugniß des Pfandgläubigers wegen Mangel der im § 1157 bestimmten Voraussetzungen zu verneinen, so wird dieser Mangel zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers nach Maßgabe der Vorschriften des § 1182 gedeckt.

§ 1158.

Rückgewährung des

1. Die in § 1156 Abs. 1 bestimmte Rückgewährungspflicht des Pfandgläubigers setzt die vorausgegangene Beendigung des Pfandrechtes voraus.

Es kommt jedoch in Betracht, daß die Handlungen, welche zur Herstellung desjenigen Zustandes dienen, welcher dem Inhalte des mit der Aufhebung des Pfandrechtes sich konsolidirenden Eigenthumes entspricht — bei der Hypothek Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden (§ 1096) —, mit der Zahlung des Eigenthümers in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung stehen, weil ein und dasselbe rechtliche Verhältniß (vergl. § 233) beiden Theilen Rechte und Pflichten auferlegt und deshalb das Recht aus diesem Verhältnisse nicht ohne Berücksichtigung der demselben gegenüberstehenden Pflicht geltend gemacht werden darf. Der Entwurf bestimmt in § 1158 Abs. 1 die Konsequenz aus der Gegenseitigkeit des Schuldverhältnisses, daß der Eigenthümer, welcher seine durch das Pfand gesicherte Schuld bezahlt, Zug um Zug die Rückgewährung des Pfandes erlangen kann; das Aussprechen dieser Konsequenz bezweckt, keinen Zweifel zu lassen, daß es sich um ein gegenseitiges Schuldverhältniß handle. Welche weitere Konsequenzen sich an die gegenseitige Natur eines Schuldverhältnisses knüpfen, auch wenn dasselbe nicht durch Vertrag begründet ist, ist eine allgemeine Frage, welche der Entwurf nicht im Allgemeinen beantwortet, sondern, soweit nicht in einzelnen Richtungen, wie in Bezug auf die Erfordernisse der mora accipiendi (§ 256), Bestimmungen gegeben sind, der Lösung durch Benutzung der zur Heranziehung sich eignenden Vorschriften über die Wirkungen der gegenseitigen Verträge (§§ 364—367) überläßt.

Pfandes gegen Befriedigung.

2. Der Schuldner, welcher nicht Eigenthümer des Pfandes ist, hat den Anspruch auf Rückgewährung an ihn selbst nicht, da dieser Anspruch im Eigenthume sich gründet. Dabei kann er aber sehr wohl ein rechtliches Interesse daran haben, daß gegen seine Zahlung die Rückgewährung an den Eigenthümer, welche im Falle des § 1096 als Berichtigung des Grundbuches erscheint, erfolge, insbesondere dann, wenn er für die Rückgewährung des Pfandes an den Eigenthümer einzustehen hat. Ein derartiges Interesse ist hier ebenso, wie im Falle des § 1096 Abs. 2, ein zwingender Grund, dem persönlichen Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt, die zur Wahrung seines Interesses erforderlichen Rechte gegen den Gläubiger zu geben; nur der Unterschied besteht, daß bei der Hypothek der zahlende Schuldner die Zug um Zug auszuhändigenden Urkunden über die Tilgung der Schuld und Hypothek selbst zu erhalten, dagegen die Restitution des Pfandes nur an den Eigenthümer zu geschehen hat.

Recht des persönlichen Schuldners.

Ersatz der Verwendungen.

§ 1159.

1. Nach den §§ 1148, 1149 haftet das Pfand für die Ansprüche des Pfandgläubigers wegen der auf das Pfand gemachten Verwendungen. Würde über die Verbindlichkeit des Eigenthümers zum Impensenersatze nichts bestimmt, so könnte eine solche Verbindlichkeit, abgesehen von dem Vorliegen eines besonderen Schuldgrundes, nur aus den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung, bezw. aus den §§ 936—938 hergeleitet werden. Dann aber ergiebt sich eine Schwierigkeit. Der Anspruch auf Herausgabe der dem Eigen-

Anspruch des Pfandgläubigers.

thümer in Folge der Verwendung zugehenden Bereicherung ist in Ansehung seiner Entstehung und seines Umfanges von dem Zurückgelangen der Sache an den Eigenthümer abhängig. Dieser Umstand steht zwar einem Zurückbehaltungsrechte wegen des Impensenanspruches nicht entgegen, es ist aber einstweilen keine feststehende Forderung gegeben, wegen deren der Pfandgläubiger aus dem Pfande sich zu befriedigen berechtigt wäre; gerade dieses Befriedigungsrecht muß aber dem Pfandgläubiger gesichert bleiben. Es ist zweifelhaft, ob man den Pfandverkauf der Wiedererlangung der Sache im Sinne des § 938 Abs. 1 gleichsetzen darf; aber selbst wenn man dies annimmt, bleibt der Uebelstand, daß im Falle des Verkaufes der Betrag der Bereicherung kaum feststellbar ist. Jedenfalls erhält die Haftung des Pfandes für die Verwendungsansprüche des Pfandgläubigers erst dann ihren vollen Werth, wenn dem Pfandgläubiger eine sofort mit der Verwendung zur Entstehung gelangende Forderung zugesprochen wird. Die Beilegung einer solchen Forderung erscheint aber auch in der Beschränkung auf den Fall der nothwendigen Verwendung durch das besondere Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer gerechtfertigt. Es ist zu berücksichtigen, daß dem Pfandgläubiger nicht eine Verwendungspflicht, sondern nach § 1157 nur eine Benachrichtigungspflicht obliegt und insbesondere gerade dann Platz greift, wenn Verwendungen nothwendig erscheinen, um eine Verschlechterung des Pfandes abzuwehren. Es ergiebt sich hieraus der Uebelstand, daß der zunächst interessirte Eigenthümer das nothwendige Verwendungsgeschäft vorzunehmen nicht in der Lage ist und der Pfandgläubiger, welcher dazu in der Lage ist, das Verwendungsgeschäft nicht vorzunehmen braucht. Diesem Uebelstande, welcher nun einmal mit Verpfändung einer Sache verbunden ist, wird, soweit erforderlich, durch die den Interessen beider Theile dienende Vorschrift des § 1159 Abs. 1 abgeholfen, welche der für den ähnlichen Fall der Gebrauchsleihe in § 553 Abs. 2 Satz 1 gegebenen Vorschrift entspricht.

seiner Rechtsnachfolger.

2. Wird die gesicherte Hauptforderung mit dem Pfandrechte übertragen, so hängt es von dem Inhalte des Abtretungsvertrages ab, ob auch die zugleich gesicherte existente Forderung wegen nothwendiger Verwendungen übertragen werden sollte. Eine Auslegungsregel wird im Entwurfe nicht gegeben und kann auch nicht wohl gegeben werden, weil die konkrete Willensmeinung der Kontrahenten je nach Lage des Falles eine verschiedene sein wird. Die Vorschrift des § 937 paßt keinenfalls, weil die Uebertragung einer bereits existenten Forderung wohl zu unterscheiden ist von der Uebertragung einer mit dem Besitze verbundenen Rechtsposition, welche den späteren Besitzer in die Lage setzt, durch Rückgabe der Sache an den Eigenthümer den in Verwendungen seines Vorbesitzers sich gründenden Verwendungsanspruch zur Entstehung zu bringen.

Anderweitige Verwendungsansprüche.

3. Der Abs. 2 des § 1159 soll lediglich dem Mißverständnisse vorbeugen, daß die Vorschrift des ersten Absatzes anderweit begründete Verwendungsansprüche ausschließen solle (vergl. § 553 Abs. 2 Satz 2, § 1010 Abs. 2).

§ 1160.

Einwendungen des Eigenthümers

Der § 1160 entspricht den für die Hypothek in § 1084 Abs. 1 und 3 aufgenommenen Vorschriften, nur daß der aus der Wirkung der Eintragung der

Hypothek sich ergebende Unterschied in Betracht zu ziehen ist. Jene Vorschriften sprechen Konsequenzen aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes (vergl. § 671 Abs. 1) und aus dem Grundsatze aus, daß dinglichen Ansprüchen Einwendungen aus obligatorischem Rechte entgegengesetzt werden können (vergl. § 942); sie müssen deshalb auch in gleicher Weise für das Faustpfandrecht gelten. Ebenso sind die Zweckmäßigkeitsgründe für die Aussprechung dieser Konsequenzen in beiden Fällen die gleichen. gegen den dinglichen Anspruch.

Es bleibt selbstverständlich möglich, daß die Einwendungen des Eigenthümers nicht gegen die Forderung, sondern nur gegen den in dem dinglichen Rechte sich gründenden Anspruch sich richten.

Die nach § 1149 im Falle der Verpfändung für fremde Schuld eintretenden Besonderheiten der Pfandhaftung bleiben unberührt.

Der zweite Satz ist hier aus denselben Gründen beigefügt, wie zu § 1084 Abs. 3.

Einlösungsrecht des Eigenthümers und der Realberechtigten.

§§ 1161—1164.

1. Die Paragraphen beziehen sich auf das Recht des Eigenthümers und der Realberechtigten zur Befriedigung des Gläubigers und auf die Folgen der Ausübung dieses Rechtes. Für die Hypothek ist dieses Rechtsverhältniß in §§ 1080—1082 geordnet. Wenn auch das Einlösungsrecht bei dem Faustpfandrechte von einer weit geringeren praktischen Wichtigkeit ist, als bei der Hypothek, so erscheint doch eine ähnlichen Grundsätzen folgende Regelung unerläßlich. Bei dieser Regelung sind die Unterschiede zwischen Hypothek und Faustpfandrecht zu berücksichtigen, insbesondere der Unterschied, daß bei dem letzteren Rechte dem Pfandgläubiger das Recht auf die Inhabung der verpfändeten Sache zusteht. Dem Besitzer oder Inhaber des Pfandes ist ein Einlösungsrecht (vergl. § 1081 Abs. 1) überall nicht eingeräumt. Der Besitzer oder Inhaber hat zunächst die Sache an den Pfandgläubiger zu restituiren, da Letzterer wegen seiner eigenen Restitutionspflicht ein dringendes Interesse hat, die Sache wiederzuerlangen. Nach einer solchen Wiedererlangung steht der Besitzer und Inhaber einem völlig Unberechtigten gleich, dessen Einmischung zuzulassen kein Grund vorliegt. Einlösungsrecht. a) des Pfandbesitzers oder Inhabers.

2. Der § 1161 entspricht dem auf die Hypothek sich beziehenden § 1080. Die Gründe für die Aufnahme sind in beiden Fällen die gleichen. Bei dem Faustpfandrechte gestaltet sich das selbständige Befriedigungsrecht des Eigenthümers, auch wenn derselbe nicht der persönliche Schuldner ist, zu einem Einlösungsrechte, da nach § 1158 gegen die Befriedigung das Pfand zurückzugewähren ist. Ein Widerspruch des persönlichen Schuldners verleiht selbstverständlich dem Pfandgläubiger nicht das im § 227 Abs. 2 Satz 1 bestimmte Recht, die Zahlung desjenigen abzulehnen, welchem das Gesetz die Berechtigung zur Zahlung giebt. b) des Eigenthümers.

c) der Realberechtigten.

3. In § 1162 wird das Befriedigungsrecht desjenigen bestimmt, dessen Recht durch den Pfandverkauf untergehen würde. Da alle nachstehenden Rechte bei dem Pfandverkaufe — anders wie bei der Hypothek, wo ein Versuch eines Verkaufes salvo jure nachstehender Berechtigter stattfinden kann — erlöschen, so ist eine von der Ausdrucksweise des § 1081 („welcher ein Recht an dem Grundstücke durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr läuft") etwas abweichende Bezeichnung des Befriedigungsberechtigten gewählt.

Das Einlösungsrecht der sonstigen Realberechtigten ist gegenüber dem Einlösungsrechte des Eigenthümers etwas beschränkt. Die Fälligkeit der Forderung soll nicht genügen, sondern es wird als Voraussetzung des Einlösungsrechtes ähnlich wie im § 1081 Abs. 1 i. A. bestimmt, daß das Pfand von dem Pfandgläubiger zu dem Zwecke der Befriedigung zum Verkaufe gebracht wird. Vor dem Eintritte dieser Voraussetzung liegt auf Seiten der konkurrirenden Berechtigten ein Interesse nicht vor, welches die Verleihung des Einlösungsrechtes fordert, und ist auf Seiten des den Verkauf hinausschiebenden Pfandgläubigers ein entgegengesetztes Interesse denkbar und zu berücksichtigen.

Aufrechnung und Hinterlegung.

4. Der § 1163 will dem Zweifel vorbeugen, ob das Befriedigungsrecht eines Realberechtigten, bei welchem die Bewirkung der Leistung nur in conditione ist, auch, wie bei dem persönlichen Schuldner, das Recht zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung und der Hinterlegung in sich schließt.

Uebergang der Rechte.

5. Der Gebrauch des Befriedigungsrechtes muß, wenn dasselbe nicht ziemlich werthlos sein soll, ein Einrücken in die Rechte des Befriedigten zur Folge haben, ähnlich wie bei dem zahlenden Bürgen im Falle des § 676, und zwar nicht nur, wenn bei Verpfändung für fremde Schuld der zahlende Eigenthümer eine bürgenähnliche Stellung hat, sondern auch in den anderen Fällen des Befriedigungsrechtes des Eigenthümers und der Realberechtigten. Der in der Bucheinrichtung liegende Grund, aus welchem im § 1081 Abs. 2 nur eine Verpflichtung des befriedigten Gläubigers zur Uebertragung seiner Rechte, nicht ein Uebergang dieser Rechte kraft Gesetzes bestimmt ist, trifft im vorliegenden Falle nicht zu. Die Regel des § 676 Abs. 1 Satz 2: „nemo subrogat contra se" paßt auch hier.

Die Frage, inwieweit bei Vereinigung des Forderungsrechtes und des Eigenthumes die Forderung bestehen bleiben kann, wird bei § 1193 erörtert werden.

Beendigung des Einlösungsrechtes.

6. Ueber die zeitliche Begrenzung des Einlösungsrechtes des Eigenthümers, wenn bereits zum Pfandverkaufe geschritten ist, insbesondere darüber, ob das Einlösungsrecht erlischt, wenn der Gläubiger einem Käufer gebunden ist, erscheint die Aufnahme einer Bestimmung nicht erforderlich, weil der kurze Zeitraum, in welchem eine solche Bindung bei ordnungsmäßigem Verfahren des Gläubigers während der Versteigerung besteht und die Einlösung ohne gleichzeitige Liberirung des Gläubigers hindern muß, praktisch nicht in Betracht kommt. Ist der Zuschlag ertheilt, aber vorschriftswidrig auf Kredit verkauft, so schließt die Haftung des Gläubigers als Käufers (§ 1175) die fernere Einlösung aus; denn der haftbar werdende Gläubiger gewinnt zugleich Eigenthum.

§ 1165.

1. Zunächst wird die Berechtigung des Pfandgläubigers, aus dem Pfande sich zu befriedigen, hervorgehoben und bestimmt, daß diese Befriedigung durch den Verkauf des Pfandes erfolge. Befriedigung durch Verkauf.

Eine Verkaufspflicht des Pfandgläubigers kennt der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und in Abweichung von dem preuß. Rechte[1]) nicht. Die Bestimmung des § 117 Konk. O. bleibt unberührt.

2. Im zweiten Absatze des § 1165 werden die Voraussetzungen des Verkaufsrechtes bestimmt. Voraussetzungen.

a) Die Voraussetzung der Verkaufsberechtigung des Gläubigers, daß die gesicherte Forderung fällig sein muß, ergiebt sich aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes. a) Fälligkeit der Forderung.

Die weitere Voraussetzung des Verzuges des Schuldners[2]) wird von dem Entwurfe für das Faustpfandrecht ebensowenig, wie für die Hypothek (§ 1080) aufgestellt. Thatsächlich wird freilich in den meisten Fällen Verzug des Schuldners vorliegen, da der Schuldner in der Regel Eigenthümer des Pfandes ist, dem letzteren der Verkauf des Pfandes nach § 1170, soweit thunlich, anzudrohen ist und in dieser Androhung eine Mahnung zu finden sein wird. Dem Sicherungszwecke der Pfandbestellung würde es indessen nicht entsprechen, wenn das Recht des Pfandgläubigers davon abhängig gemacht würde, daß auf Seiten des Schuldners die subjektiven Voraussetzungen des Verzuges nicht fehlen.

b) Da der Pfandverkauf nur Geld bringt, so ergiebt sich als Voraussetzung des Rechtes zum Pfandverkaufe, daß eine ursprünglich nicht auf die Leistung von Geld gehende Forderung sich in eine Geldforderung verwandelt haben muß. Die Umwandlung in eine Geldforderung kann eine Folge der Nichterfüllung sein (§§ 240—243, 247); möglich bleibt aber auch, daß von vornherein durch besondere Vereinbarung die eventuelle Substituirung einer Geldforderung bestimmt ist. Die hier in Rede stehende Voraussetzung läßt sich zwar aus der Natur des Pfandrechtes ableiten, jedoch wird ihre Hervorhebung der Deutlichkeit des Gesetzes dienen, zumal bei der Hypothek nur von Anfang an auf Geld gehende Forderungen sichergestellt werden, mithin in der fraglichen Beziehung ein Unterschied zwischen Hypothek und Faustpfandrecht stattfindet. Nur bei den Reallasten bleibt die Haftung des belasteten Grundstückes für Naturalleistungen denkbar und wird alsdann das Verkaufsrecht eine ähnliche Beurtheilung erfahren. b) Geldforderung.

c) Wenn das Gesetz dem Pfandgläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung das Verkaufsrecht zuspricht, so wird die Gültigkeit des Verkaufes davon abhängen, daß die Voraussetzung der Fälligkeit vorlag (vergl. 1181 Abs. 1). Dagegen ist nicht erforderlich, daß die fällige Forderung auch liquide sei. Das Erforderniß der Liquidität ist eine ausnahmsweise Erschwerung der Pfandrealisirung. Derartige Ausnahmen sind in den modernen Gesetzgebungen c) Vollstreckbarer Titel ꝛc.

---

[1]) A. L. R. I, 20 § 221; vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 2 S. 35.

[2]) Vergl. H. G. B. § 310; R. Bankgesetz v. 14. März 1875 § 20; bayr. L. R. II. 6 § 12 Nr. 3.

mehrfach zum Schutze des Eigenthümers bestimmt. Theils wird ein Exekutionstitel verlangt, und der Verkauf findet im Wege der Zwangsvollstreckung statt[1]), theils wird eine gerichtliche Verkaufsermächtigung[2]) gefordert. In anderen Gesetzgebungen wird von dem Erfordernisse eines Exekutionstitels oder einer gerichtlichen Verkaufsermächtigung abgesehen[3]), auch kommt ein solches Absehen als Ausnahme von der Regel vielfach bei öffentlichen Pfand- und Kreditinstituten vor[4]). Ferner pflegt den beschränkenden Vorschriften keine zwingende Kraft beigelegt zu werden.

Der Entwurf schließt sich den Gesetzgebungen an, welche weder Exekutionstitel noch gerichtliche Verkaufsermächtigung verlangen, weil das in diesen Gesetzgebungen vertretene Prinzip der Natur des Faustpfandrechtes entspricht. Die Realisirung des Pfandes, welches in der ausschließlichen Inhabung des Gläubigers sich befindet, im prozessualen Wege der Klage und der Exekution erscheint als Anomalie; der dem Eigenthümer hierbei gewährte Schutz führt den Nachtheil einer größeren Kostenbelastung mit sich. Das Erforderniß der gerichtlichen Verkaufsermächtigung schützt den Eigenthümer in weit geringerem Maße, als das Erforderniß des Exekutivtitels und leidet überdies an dem Uebelstande, daß unbestimmt bleibt, worauf der Richter seine Kognition zu erstrecken hat.

In den Ausnahmefällen, in denen der Pfandgläubiger nicht in der ausschließlichen Inhabung des Pfandes sich befindet, folgt aus der thatsächlichen Beschränkung seiner Verfügungsmacht, daß er die Duldung des Pfandverkaufes und die Gestattung der hierzu erforderlicher Maßnahmen in Wege der Klage gegen den in derartigen Fällen in einer Art von Mitinhabung befindlichen Eigenthümer nöthigenfalls zu erzwingen hat und zu dem Ende die Fälligkeit der gesicherten Forderung nachweisen muß. Hierin ist jedoch nur eine selbstverständliche Konsequenz aus der besonderen Gestaltung der Pfandinhabung zu finden.

Beneficium excussionis

3. Dem Umstande, daß das Pfand für eine fremde Schuld hingegeben ist, könnte ein die Geltendmachung des Pfandrechtes beschränkender Einfluß (beneficium excussionis sive ordinis) nur dann beigelegt werden, wenn das Gesetz einen solchen Einfluß bestimmte. In welchem Umfange das gemeine Recht ihn bestimmt, ist zweifelhaft[5]). Die modernen Gesetz-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 197—199; württemb. Pfandgef. Art. 254, 255 und Exekutionsgef. von 1825 Art. 32 Abs. 3; hess. Pfandgef. Art. 188; weimar. Pfandgef. §§ 97, 100, 105, 106; anhalt. Ges., betr. die abgesonderte Befriedigung ꝛc., v. 13. April 1870 § 25; österr. G. B. § 461; zür. G. B. § 868.

[2]) Code civil Art. 2078 und code de proc. civ. Art. 945; bayr. L. R. II, 6 § 12 Nr. 3 und bayr. Ausf. Ges. zur C. P. O. und Konk. O. Art. 24; H. G. B. Art. 310, 311.

[3]) Sächs. G. B. § 480; Pfandgef. für Hannover § 47, Oldenburg Art. 21, Braunschweig § 7, Coburg Art. 4; Reuß ä. L., Ges. v. 3. Januar 1847.

[4]) Vergl. R. Bankgef. v. 14. März 1875 § 20; H. G. B. Art. 312 Abs. 1.

[5]) Nov. 4 und 112.

gebungen beschränken den Pfandgläubiger nicht in der bezeichneten Richtung[1]). Der Entwurf verfährt ebenso.

§ 1166.

Konkurrirende Verkaufsrechte.

1. Bestehen an einer beweglichen Sache mehrere Pfandrechte von verschiedenem Range, so kann gleichzeitig mehreren Pfandgläubigern das Verkaufsrecht zustehen. Aus dem in § 1151 bestimmten Altersvorzuge wird man nicht folgern können, daß das mit einem jeden Pfandrechte verbundene Verkaufsrecht durch das Bestehen eines besseren Pfandrechtes aufgehoben werde; vielmehr wird in Uebereinstimmung mit den aus den Vorschriften der C. P. O. über das Pfändungspfandrecht (§§ 710, 727, 728) zu entnehmenden Anschauungen anzunehmen sein, daß das Vorzugsrecht des früheren Pfandgläubigers in der Regel nur an dem Erlöse sich geltend mache, da der Zweck des Pfandrechtes ein Weiteres nicht verlangt.

Recht des Inhabers.

Voraussetzung für den Verkauf des Pfandes durch einen nachstehenden Pfandgläubiger bleibt indessen, daß derselbe sich in der Lage befindet, die Veräußerung des Pfandes herbeizuführen. Daraus, daß das Verkaufsrecht des späteren Pfandgläubigers durch das Recht des früheren Pfandgläubigers nicht ausgeschlossen wird, könnte der Schluß gezogen werden, daß der frühere Pfandgläubiger, welcher das Pfand inne hat, zur Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufes verpflichtet sei. Einem solchen Schlusse will der erste Satz des § 1166 entgegentreten. Dem früheren Pfandgläubiger muß unbenommen bleiben, sein unbeschränktes oder beschränktes Recht auf die Inhabung des Pfandes aufrecht zu erhalten und im Falle einer Beeinträchtigung nach Maßgabe des § 1155 geltend zu machen. Durch die Entstehung eines späteren Pfandrechtes kann das Recht des früheren Pfandgläubigers nicht in irgend einer Weise abgeschwächt und derselbe zu einer Einwilligung oder Mitwirkung zu einem von dem nachstehenden Gläubiger beabsichtigten Verkaufe verpflichtet werden. Dieses Resultat steht auch mit den Vorschriften der C. P. O. über das Pfändungspfandrecht (§§ 690, 710 Abs. 1) nicht im Widerspruche. Durch die Bestimmung einer Verpflichtung des vorgehenden Gläubigers, das Pfand zum Zwecke des Verkaufes zur Disposition zu stellen, würde nicht nur in formeller Weise das Recht desselben verkürzt werden, sondern es könnte sich auch unter Umständen ein materieller Nachtheil ergeben, indem der Gläubiger in der Wahl des zur Realisirung günstigsten Zeitpunktes beschränkt wird. Die Ausnahmevorschriften des § 117 der Konk. O. enthaltenen eine besondere Begünstigung der Konkursgläubiger zum Zwecke der schnelleren Abwickelung des Konkurses, deren Verallgemeinerung nicht gerechtfertigt sein würde.

Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers

2. Der zweite Satz setzt Fälle voraus, in denen der nachstehende Gläubiger nicht durch ein Recht auf Inhabung des vorgehenden Gläubigers an der Realisirung des Pfandes thatsächlich gehindert wird. Ein Beispiel solcher immerhin seltenen Fälle ist in §§ 727, 728 der C. P. O. gegeben.

---

[1]) Ausdrücklich hervorgehoben im preuß. A. L. R. I, 20 § 49.

Pfandrechte zu gleichem Range.

3. Haben die mehreren Pfandgläubiger gleichen Rang, insbesondere, wenn die Forderung nach Quoten getheilt ist oder getheilt worden ist, so findet in Ansehung des Rechtes auf die Pfandinhabung eine Art von Gemeinschaftsverhältniß statt, und die direkte oder analoge Anwendung der Vorschriften über Gemeinschaft wird auch ohne besondere Bestimmung dahin führen, daß ein einzelner Genosse den zur Realisirung des Pfandes erforderlichen Maßnahmen nicht widersprechen kann.

§ 1167.

Verfallvertrag.

1. Bei beweglichen Sachen bleibt nach den Bemerkungen zu § 874 dahingestellt, ob die Beifügung einer aufschiebenden Bedingung mit dem Traditionserfordernisse bei der vertragsmäßigen Uebertragung des Eigenthumes vereinbar ist. Sollte man dies aber auch verneinen, so bleibt noch die praktisch ziemlich ebensoweit reichende Möglichkeit der Annahme einer den Tradenten dinglich bindenden Offerte, wenn dem Empfänger die Inhabung eingeräumt ist (vergl. Bemerkungen zu § 901 Abs. 2). Es würde mithin immerhin mit dinglicher Wirkung vereinbart werden können, daß im Falle des Ausbleibens der Zahlung das Eigenthum des Pfandes auf den Pfandgläubiger übergehen solle.

Im Anschlusse an das röm. Recht l. 3 Cod. de pact. pign. 8, 35 ist auch von den neueren Gesetzgebungen[1]) die Bedrohung des Schuldners durch eine solche lex commissoria verboten, weil dieselbe ein Mittel zur Bedrückung der unvorsichtigen oder in einer Nothlage befindlichen Schuldner ist.

Der Entwurf schließt sich dem geltenden Rechte an. Die Bestimmungen des Reichsges., betr. den Wucher, v. 24. Mai 1880 würden unter Umständen auch die Gültigkeit der lex commissoria bei dem Pfandvertrage in Frage stellen; doch würde die Anwendbarkeit dieser Vorschriften von dem Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des gesetzlich verbotenen Wuchers abhängen, während hier so weit zu gehen ist, daß die lex commissoria bei dem Pfandvertrage an sich ohne Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Falles von der Nichtigkeit getroffen wird. Andererseits ist auch nicht anzunehmen, daß die Reichsgesetzgebung durch das Gesetz, betr. die vertragsmäßigen Zinsen, v. 14. November 1867 die lex commissoria hat freigeben wollen[2]) und daß demnach das letztere Gesetz durch den § 1167 eine Modifikation erleiden würde.

Nachträgliche Vereinbarung.

2. Der Entwurf trifft nur den vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Gläubigers eingegangenen Vertrag, weil nach diesem Zeitpunkte die zur Tilgung der gesicherten Forderung durch datio in solutum

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 33; bayr. L. R. II, 6 § 18; code civil arg. Art. 2078; sächs. G. B. § 383; Pfandges. für Württemberg Art. 257, für Hessen Art. 188, für Weimar § 106; braunschw. Verordn. v. 4. Juni 1772; hamb. Stadt R. II, 4 Art. 10; österr. G. B. § 1371; ital. G. B. Art. 1884; niederl. G. B. Art. 1200; zür. G. B. § 869; schweiz. Obl. R. Art. 222.

[2]) Entsch. des R. G. Bd. 2 S. 334, Bd. 4 S. 51; vergl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 4 S. 357, Bd. 7 S. 65. S. auch oben S. 680.

geschehende Eigenthumsübertragung dem Eigenthümer des Pfandes nicht verwehrt werden kann.

Ueberlassung zum Börsen- oder Marktpreise.

3. Wenn vereinbart ist, daß das Pfand eventuell dem Gläubiger zum Börsen- oder Marktpreise — sofern nämlich Sachen, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, Gegenstand des Pfandrechtes sind — überlassen werden soll, so mag eine solche lex commissoria regelmäßig einen minder bedrohlichen Karakter haben; immerhin bleibt eine solche Bindung des Eigenthümers für denselben gefährlich und ist geeignet, unlauteren Spekulationen desselben Vorschub zu leisten. Es liegt deshalb kein genügender Grund vor, für derartige Vereinbarungen eine Ausnahme zu bestimmen.

Obligatorischer Verfallvertrag.

4. Dem Zwecke der Vorschrift entspricht es, daß nicht nur der dingliche Vertrag, sondern auch der obligatorische Vertrag, welcher dem Gläubiger ein bedingtes Forderungsrecht auf Uebertragung des Eigenthumes giebt, getroffen werde.

Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte.

5. Nicht getroffen wird die auflösend bedingte Eigenthumsübertragung, welche insbesondere in der Weise vereinbart werden kann, daß der das Eigenthum durch constitutum possessorium übertragende Verkäufer an der innebehaltenen Sache ein Pfandrecht wegen des Kaufgeldes und den Rückfall des Eigenthumes bei Nichtzahlung des Kaufgeldes sich vorbehält. Ebensowenig werden die Fälle der unbedingten Tradition mit Ausbedingung eines obligatorischen Rückkaufsrechtes zu Gunsten des Kreditnehmers getroffen.

§ 1168.

Geld als Gegenstand des Pfandrechtes.

1. Wenn Geld Gegenstand des Pfandrechtes ist und die Voraussetzungen für die Berechtigung des Gläubigers zum Verkaufe vorliegen, so entfällt die mittelbar zur Befriedigung führende Maßregel des Verkaufes und steht nur die unmittelbare Befriedigung aus dem Gelde in Frage. Die Befriedigung geschieht durch eine Tradition des Gläubigers an sich selbst, deren Zeitpunkt für die Frage der Gefahrtragung von Bedeutung ist. Eine solche brevi manu traditio an sich selbst, welche von dem Inhaber in Vertretung des Besitzers vorgenommen wird, ist, wenn auch im § 805 Abs. 2 nur von dem umgekehrten Falle die Rede ist (vergl. Bemerkungen zu § 805 S. 99), vom Entwurfe nicht ausgeschlossen und in dem vorliegenden Falle um so weniger zu verneinen, als der Pfandgläubiger nicht in Vertretung des Eigenthümers handelt, sondern sein eigenes Recht an dem Gelde ausübt; aber es wird erforderlich sein, daß der Besitzwille kundgegeben ist. Es muß deshalb, damit die an sich unersichtlich bleibende Tradition dem anderen Theile gegenüber wirksam sei, verlangt werden, daß eine Erklärung des Besitzwillens des Gläubigers und zwar gegenüber dem Eigenthümer hinzukomme (vergl. Bemerkungen zu § 1183).

Verpflichtung zur Selbstbefriedigung.

Umgekehrt kann auch der Eigenthümer ein Interesse daran haben, die Befriedigung des mit der Zahlung an sich selbst zögernden Gläubigers herbeizuführen. Diesem Interesse dient die positive Bestimmung des Entwurfes, welche den zur Selbstbefriedigung vom Eigenthümer aufgeforderten Gläubiger als befriedigt gelten läßt. Der besonderen Gestaltung des Falles entspricht es, daß hier, wenn auch nach allgemeinen Grundsätzen nur mora accipiendi des

Gläubigers angenommen werden könnte, die gesicherte Forderung durch die Anweisung des Gläubigers zur Selbstbefriedigung als aufgehoben gelten soll.

Voraussetzung: obligationsmäßiges Geld,

2. Ist nicht obligationsmäßiges Geld, wozu insbesondere Papiergeld und auch Banknoten zu rechnen sind, Gegenstand der Obligation, so ist das Recht als dem Gläubiger zugestanden anzusehen, das Geld direkt in Zahlung zu nehmen, ohne dasselbe zu versteigern oder durch einen Banquier umwechseln zu lassen, dagegen darf der Eigenthümer den Gläubiger nicht zur Selbstbefriedigung aus nicht obligationsmäßigem Gelde zwingen können. Die Umrechnung des in Zahlung zu nehmenden Geldes bestimmt sich nach § 215.

Inhabung

3. Vorausgesetzt ist in § 1167, daß der Gläubiger Inhaber des verpfändeten Geldes ist. In den Fällen, in welchen der Eigenthümer in der Mitinhabung sich befindet oder ein dritter Pfandhalter das Geld hat, vollzieht sich die Zahlung und Eigenthumsübertragung in gewöhnlicher Weise, da keine Zahlung an sich selbst und keine einseitige Besitzergreifung in Frage steht.

Verkaufsverfahren.

§§ 1169—1176.

1. Einleitende Vorschrift.

1. Der erste Absatz des § 1169 bringt eine einleitende Bestimmung. In Durchführung des Prinzipes, welches der § 1165 enthält, wird in den §§ 1169—1176 der Inhalt des Verkaufsrechtes geregelt und zwar in einer doppelten Richtung. In der Richtung nach außen werden die Grenzen bestimmt, welche der Gläubiger bei der Ausübung seines Rechtes einhalten muß, damit die in Ausübung dieses Rechtes geschehende Verfügung über die Sache wirksam sei; in der Richtung nach innen werden die Grenzen bestimmt, deren Nichteinhaltung den Gläubiger lediglich dem Eigenthümer gegenüber aus der Legalobligation haftbar macht. In dieser dinglichen und obligatorischen Begrenzung liegt der Schutz des Eigenthümers. Wird der Verkauf durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist dieser Verkauf nicht einer Maßregel der Zwangsvollstreckung aus einem fingirten Urtheile zu vergleichen. Die dienstlichen Pflichten des zur Versteigerung berufenen Beamten können landesgesetzlich näher bestimmt sein und diese Bestimmungen können zum Schutze des Eigenthümers gereichen. Der reichsgesetzliche Schutz liegt in der Abgrenzung der Befugnisse des Gläubigers.

2. Verkauf durch den Pfandgläubiger.

2. Die Fassung der Vorschriften über den Pfandverkauf wird keinen Zweifel bestehen lassen, daß der Entwurf den Pfandgläubiger, auch wenn dieser ausdrücklich als solcher und unter Benennung des Eigenthümers verkauft, als Verkäufer und nicht etwa als Vertreter des Eigenthümers bei dem Abschlusse des Kaufvertrages auffaßt, daß also insbesondere die Pflicht zur Gewährleistung auf den Gläubiger zu beziehen ist. Diese rechtliche Stellung des Gläubigers ergiebt sich aus der Natur des Pfandrechtes, welches dem Gläubiger nicht eine Vollmacht, sondern ein eigenes dingliches Recht giebt. Der Gläubiger wird durch sein dingliches Recht befähigt, obwohl er Verkäufer einer fremden Sache ist, den Kaufvertrag vollständig durch Verschaffung des Eigenthumes zu erfüllen und deshalb auf eigenen Namen abzuschließen. Der Verkauf wird freilich für

Rechnung des Eigenthümers vorgenommen. Aus dieser Rücksicht muß dem Pfandgläubiger eine gewisse seinem Rechte genügende und das Recht des Eigenthümers nicht gefährdende Verfahrensweise vorgeschrieben werden. Eine allgemeine Diligenzpflicht des Pfandgläubigers wird im Entwurfe nicht bestimmt; auch wird in Ansehung der Stellung des Pfandgläubigers nicht auf die Vorschriften über die Stellung eines Beauftragten oder Geschäftsführers, bei denen auch ein Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung vorkommt, Bezug genommen, sondern es wird das einzuhaltende Verfahren im Einzelnen geregelt.

Der § 395 schützt den Gläubiger, auf dessen Betreiben eine Sache im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird, gegen das Einstehen für Mängel der Sache. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Fälle des außergerichtlichen Pfandverkaufes erschien nicht geboten. Der Gläubiger ist befugt, den Verkauf unter Ausschluß seiner Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel vorzunehmen. Diese Befugniß gewährt ihm genügenden Schutz.

3. Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung.

3. Der zweite Absatz des § 1169 will ausdrücken, daß die Pfandrealisation im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung dem Gläubiger frei bleibe. An der Zulässigkeit dieses Weges ist in dem Falle kein Zweifel, wenn der Eigenthümer zugleich der Schuldner ist, der Gläubiger seine Forderung einklagt und im Exekutionsverfahren das Pfand als Exekutionsobjekt benutzt. Aber auch dann, wenn der Eigenthümer nicht der Schuldner ist und der Gläubiger gegen denselben nur den dinglichen Anspruch erheben kann, wird der weitere für den Gläubiger je nach den Umständen in manchen Beziehungen vortheilhaftere Weg der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der C. P. O. zuzulassen sein. Wenn der Gläubiger auf die Exekution in das Pfand sich beschränkt, so kann auf den Mangel einer persönlichen Schuld und darauf nichts ankommen, daß die Leistung für den Eigenthümer nur in conditione und nicht in obligatione ist. Es wird indessen der Aufnahme einer positiven gesetzlichen Vorschrift bedürfen; denn wenn der Pfandgläubiger sein dingliches Recht gegen den Eigenthümer im Wege der Klage verfolgt, indem er dessen Verurtheilung zur Gestattung der Ausübung des Verkaufsrechtes erwirkt, so würde er damit das wichtige Recht noch nicht erlangen, das Pfand nach den Vorschriften über die Mobiliarexekution verkaufen zu lassen und sich von den beengenden Vorschriften der §§ 1169 ff. zu befreien. Aber gerade dieses Recht soll ihm beigelegt werden.

4. Androhung des Verkaufes.

4. Die Verpflichtung des Gläubigers, den Eigenthümer von dem bevorstehenden Verkaufe des Pfandes zu benachrichtigen, welche in § 1170 Abs. 1 Satz 1 vorgeschrieben wird, entspricht dem geltenden Rechte; jedoch wird man nur eine Verbindlichkeit des Gläubigers gegenüber dem Eigenthümer zu bestimmen haben, weil es unangemessen sein würde, der Frage der Erfüllung oder Nichterfüllung der gedachten Verbindlichkeit einen Einfluß nach außen beizulegen und die Gültigkeit der Veräußerung von einem für Dritte nicht ersichtlichen Umstande abhängig zu machen. Aber auch in dem Verhältnisse nach innen darf man den Umfang der Verbindlichkeit nicht dergestalt bestimmen, daß für den Gläubiger besondere Schwierigkeiten und Verzögerungen sich ergeben können. Der Gläubiger wird deshalb nur innerhalb der Grenzen des Thunlichen zu verpflichten sein. Die Grenzen der Thunlichkeit nach

besonderen Merkmalen, Anwesenheit des Eigenthümers am Zahlungsorte oder im Inlande, näher zu bestimmen[1]), wird nicht erforderlich sein. Bei der Frage der Thunlichkeit kommt der § 76 über die öffentliche Zustellung von Willenserklärungen nicht in Betracht, da diese Vorschrift nicht eine gesetzliche Anzeigepflicht erschweren und in allen Fällen ausführbar machen, sondern nur solchen Personen zu Hülfe kommen soll, deren Rechte von der Zustellung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen abhängen. Der Inhalt der Mittheilung muß so beschaffen sein, daß der Eigenthümer Kenntniß von dem Umfange des von dem Gläubiger beanspruchten Rechtes erhält. Wegen des Einlösungsrechtes des Eigenthümers, welcher sich leicht in unverschuldeter Unkenntniß über den Betrag der Pfandschuld befinden kann, ist für den Eigenthümer die Vergewisserung hinsichtlich des beizutreibenden Geldbetrages von großem Interesse; aus dieser praktischen Rücksicht wird auf die Verpflichtung des Gläubigers zur Angabe des beizutreibenden Geldbetrages hingewiesen.

Daß die Androhung des Verkaufes des Pfandes ebenso wie die Mahnung nicht im Voraus geschehen kann, möchte sich aus der Natur der Anzeigepflicht ergeben. Ein Gläubiger, der noch nicht verkaufen darf, kann den Verkauf nicht androhen. Die Aufnahme der erläuternden Bestimmung des § 1170 Abs. 1 Satz 2 wird jedoch aus praktischen Rücksichten sich empfehlen.

5. Realisirungsfrist.

5. Die ausgedehnte gemeinrechtliche Realisirungsfrist bedarf der Abkürzung. Die neueren Gesetzgebungen variiren bei Bestimmung dieser Frist (vergl. die in der Note zu Ziff. 4 angeführten gesetzlichen Bestimmungen). Eine Frist von vier Wochen wird angemessen erscheinen und dem Eigenthümer, welcher überall im Stande ist, das Pfand einzulösen, genügen (§ 1170 Abs. 2). Die dritten Personen nicht ersichtliche Einhaltung der Realisirungsfrist kann nicht wohl zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Veräußerung gemacht werden. Der Eigenthümer ist durch die persönliche Verantwortlichkeit des Gläubigers ausreichend gesichert.

6. Oeffentliche Versteigerung.

6. In § 1171 Abs. 1 wird der Gläubiger auf diejenige Art der Realisirung beschränkt, welche der Entwurf bereits in früheren Fällen (§ 278 Abs. 1, § 911 Abs. 2, § 1157 Abs. 1) vorgeschrieben hat.

Die Vorschrift des § 1171 Abs. 2 entspricht der Vorschrift des § 717 Abs. 3 der C. P. O.

Zum Schutze des Eigenthümers ist erforderlich, daß die Wirksamkeit der Veräußerung von der einem jeden Bieter ersichtlichen Befolgung der hier gegebenen Vorschriften abhänge.

Voraussetzung ist auch hier, daß öffentlich angestellte Personen der im Abs. 1 gedachten Art in allen Bundesstaaten sich finden werden. Jedenfalls aber wird durch die hier gegebene Bestimmung die dienstliche Zuständigkeit und Verpflichtung der Gerichtsvollzieher auf die Fälle des Pfandverkaufes reichsgesetzlich erweitert und damit dem Bedürfnisse abgeholfen.

7. Ort der Versteigerung.

7. Bei der Bestimmung des Versteigerungsortes müssen Zweckmäßigkeitsrücksichten den Ausschlag geben. Der Ort, wo das Pfand im Falle der Ein-

[1]) Sächs. G. B. § 481; Pfandges. für Hannover Art. 46, Braunschweig § 6, Oldenburg Art. 20, Coburg Art. 4.

lösung würde zurückgewährt werden müssen, welcher in der Regel mit demjenigen Orte zusammenfällt, an welchem der Gläubiger das Pfand aufzubewahren hat, ist der geeignete Ort, da er einen unnöthigen Transport an den möglicherweise davon verschiedenen, für die Erfüllung der gesicherten Forderung bestimmten Leistungsort erspart und der Ortsbestimmung der C. P. O. für die Pfandversteigerung — Ort der Pfändung, § 717 Abs. 2 — entspricht. Um einigen Raum für die nähere Bestimmung des Versteigerungsortes zu lassen, ist im Anschlusse an die C. P. O. nur die Versteigerung innerhalb des Gemeindebezirkes vorzuschreiben (§ 1172 Abs. 1).

8. Die in § 1172 Abs. 2 bestimmte Benachrichtigungspflicht wird ebenso, wie in dem Falle des Zwangsverkaufes verpfändeter Grundstücke durch das Interesse der Realinteressenten gefordert. Es ist nicht ausgeschlossen, daß gegenüber dem Eigenthümer die hier bestimmte Benachrichtigung mit der in § 1170 Abs. 2 verlangten Androhung verbunden wird. 8. Benachrichtigung über den Ort.

Die C. P. O. (§ 717) kennt keine Verpflichtung des Extrahenten zur Benachrichtigung der Realinteressenten. Diese Verpflichtung wird deshalb auch dann nicht eintreten, wenn der Pfandgläubiger ein nicht durch Pfändung entstandenes Pfandrecht im Wege der Zwangsvollstreckung realisirt. Ob die C. P. O. in der angedeuteten Richtung einer Ergänzung bedürfe, könnte nur bei einer Revision derselben in Frage kommen.

Den Vorschriften des § 1172 wird nur obligatorische Wirkung unter den Betheiligten beigemessen (vergl. § 1181 Abs. 2), weil eine solche Wirkung genügt und die Wirksamkeit des Pfandverkaufes nicht von Umständen abhängig zu machen ist, deren Vorliegen dritte Personen schwer erkennen können.

9. Ob bei der Versteigerung abgepfändeter Sachen gewisse Personen von dem Mitbieten auszuschließen sind, ist in der C. P. O. nicht vorgesehen; diese Frage ist somit dem bürgerlichen Rechte überlassen und wird hier zunächst für den Pfandverkauf zu beantworten sein. Die Beantwortung wird auch für die Fälle der Mobiliarexekution wegen deren innerer Gleichartigkeit passen. Gesetzliche Verbote, welche den die Versteigerung leitenden Personen das Mitbieten, auch durch einen Stellvertreter, untersagen[1]), kommen hier nicht in Betracht, da dieselben dem Beamtenrechte angehören. 9. Recht zum Mitbieten.

In dem ersten Absatze des § 1173 ist das Recht des Gläubigers zum Mitbieten bestimmt. Diese Vorschrift betrifft den Inhalt des Pfandrechtes. Der Versteigerungsmodus ist im Entwurfe so geordnet, daß eine von dem Gläubiger nicht beeinflußte öffentliche Einsammlung von Angeboten stattfindet. Es würde eine sowohl dem Gläubiger als dem Eigenthümer nachtheilige Beschränkung darin liegen, wenn das Mitbieten des Gläubigers ausgeschlossen würde. Der Entwurf giebt deshalb im Anschlusse an das preuß. A. L. R.[2]) dem Gläubiger das Recht, mitzubieten. Bei Verleihung dieses Rechtes bedarf der Gläubiger nicht weiter das beschränktere Recht, das Pfand bei dem Mangel Mitbieten des Gläubigers.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 22—24, württemb. Pfandges. Art. 34.
[2]) I. 20 § 42.

von Kauflustigen für den Schätzungswerth zu behalten[1]) oder das Pfand zum Schätzungswerthe sich zuschlagen zu lassen[2]). Die juristische Konstruktion des in Folge des Zuschlages an den Gläubiger eintretenden Rechtsverhältnisses, ob ein secum contrahere oder eine impetratio dominii anzunehmen ist, kann dahingestellt bleiben. Die aus dem Zuschlage sich ergebende Verpflichtung des Gläubigers, an sich selbst zu zahlen, bringt denselben zu Gunsten des Eigenthümers in die rechtliche Lage, als wenn er an sich gezahlt hätte und demgemäß wegen seiner Forderung befriedigt bezw. restitutionspflichtig wäre, soweit ein Ueberschuß sich ergiebt. Die Fiktion des Empfanges des Kaufpreises wird der Gläubiger nicht zu eigenem Vortheile geltend machen und zu seinen Gunsten einen Verkauf und eine Uebergabe auf Kredit, ohne die Bedingung der baaren Zahlung, behaupten können. Gebührt der Ueberschuß einem sonstigen Realberechtigten, dessen Recht durch den Pfandverkauf erlischt, so besteht die Haftung des Gläubigers selbstverständlich auch gegenüber einem solchen Realberechtigten.

Mitbieten des Schuldners.

Wenn der Schuldner der gesicherten Forderung, welcher nicht Eigenthümer des Pfandes ist, nicht zahlt, aber später an der Versteigerung des Pfandes als Mitbietender sich betheiligt, so ist ein solches Verhalten zwar etwas auffällig, weil der im Besitze von Geldmitteln befindliche Schuldner die einfachste Art der Erledigung des Schuldverhältnisses umgeht; indessen liegt hierin kein Grund, durch eine positive Vorschrift einzugreifen und dem Schuldner als solchem das Mitbieten zu untersagen[3]). Die Aufnahme einer deklaratorischen Bestimmung, daß der Schuldner am Mitbieten nicht gehindert ist, erscheint nicht erforderlich.

des Eigenthümers;

Man könnte annehmen, daß, wenn das Gesetz schweigt, dem Eigenthümer des Pfandes als solchem das Mitbieten verwehrt bleibe, weil derselbe seine eigene Sache kaufen würde. Dieser Schluß ist indessen unrichtig. Da die Gefahr nahe liegt, daß derselbe Eingang in die Praxis finden könnte, so wird ihm in § 1173 Abs. 2 entgegengetreten. Bietet der Eigenthümer mit, so will er sich statt des ausgebotenen Kaufobjektes nämlich des Eigenthumes am Pfande, nur das darin enthaltene Mindere, nämlich die Freiheit des ihm schon zustehenden Eigenthumes von den durch den Pfandverkauf erlöschenden Belastungen erkaufen. Eine solche Erkaufung der Freiheit ist juristisch nicht zu beanstanden. Dem Eigenthümer steht freilich auch der nächstliegende Weg der Einlösung offen. Der Eigenthümer kann aber unter Umständen ein Interesse daran haben, nicht einzulösen, sondern für den möglicher Weise niedrigeren Versteigerungspreis die Sache zu liberiren.

Vorauszahlung.

Gegenüber dem Schuldner, welcher nicht gezahlt, und dem Eigenthümer, welcher nicht eingelöst hat, besteht die Vermuthung, daß es ihnen an den nöthigen Mitteln fehle, und es liegt deshalb die Gefahr nahe, daß ihre Betheiligung bei dem Bieten zu vergeblichen Versteigerungsversuchen führe. Dieser

---

[1]) Sächs. G. B. § 382.

[2]) Code civil Art. 2078.

[3]) Vergl. hannov. Proz. O. § 553; Reuß ä. L., Ausf. G. zur C. P. O. § 23; österr. G. B. § 463.

Gefahr kann der Gläubiger dadurch begegnen, daß er kautionsweise Vorauszahlung der gebotenen Summe verlangt. Die Vorschrift des dritten Absatzes des § 1173 hat den Sinn, daß dem Gläubiger ein derartiges vorsichtiges Verfahren wegen eines mit demselben verbundenen nachtheiligen Einflusses auf den Erlös nicht zum Vorwurfe gemacht werden kann[1]).

10. Gold- und Silbersachen.

10. Die Vorschrift des § 1174 entspricht der Vorschrift des § 725 der C. P. O. Zum Schutze des Eigenthümers ist es erforderlich, daß die Befolgung der Vorschriften des § 1174 zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Veräußerung gemacht wird (vergl. § 1181 Abs. 1).

11. Pflichten des Gläubigers.

11. Da hier die Pflichten des Gläubigers bei Vornahme des Pfandverkaufes zu bestimmen sind, so würde eine bloße Verweisung auf § 718 der C. P. O. nur so verstanden werden, daß der Gläubiger die von ihm mit dem Verkaufe beauftragte Person anzuweisen hat, bei dem Verkaufe so zu verfahren, wie das Gesetz den Gerichtsvollzieher in den Fällen der Zwangsvollstreckung zu verfahren anweist. Eine nähere Prüfung der im § 718 enthaltenen Bestimmungen ergiebt indessen, daß man auf diesem Wege zu einem angemessenen Ergebnisse nicht gelangt. Die Heranziehung des ersten Absatzes des § 718, welcher einen dreimaligen Aufruf vor dem erfolgenden Zuschlage verlangt, ist nicht erforderlich. Diese Bestimmung enthält, sofern man in ihr nicht etwa eine Abweichung von den Vorschriften des Entwurfes über den Vertragsabschluß im Falle der Versteigerung (§ 90) zu finden hat, eine Vorschrift, welche eine unzweckmäßige Uebereilung des Zuschlages verhüten soll. Der Gläubiger wird aber auch ohne eine besondere Vorschrift verpflichtet erscheinen, die von ihm beauftragte Person zu einem zweckentsprechenden Verfahren anzuweisen, soweit eine derartige Anweisung neben den für solche Personen bestehenden Instruktionen nöthig sein sollte. In dem zweiten und dritten Absatze des § 718 ist nicht mit Deutlichkeit bestimmt, daß nur unter der Bedingung sofortiger baarer Zahlung verkauft werden dürfe, sondern es scheint nach Abs. 3 freigelassen, eine spätere Ablieferungs- und Zahlungszeit zu bestimmen. Für den Pfandverkauf ist aber an der Bedingung sofortiger baarer Zahlung festzuhalten (§ 1175 Satz 1). Aus einer solchen Vorschrift ergiebt sich von selbst, daß die zugeschlagene Sache dem Käufer nur gegen baare Zahlung verabfolgt werden darf, wie § 718 Abs. 2 vorschreibt.

Baarzahlung.

Der Entwurf verpflichtet ferner den Gläubiger, die kassatorische Klausel unter die Verkaufsbedingungen aufzunehmen. In § 718 der C. P. O. wird unterstellt, daß unter der kassatorischen Klausel verkauft worden ist, und deshalb die Wiederholung der Versteigerung, wenn der erste Käufer nicht zahlt, angeordnet. Hier muß indessen die bezeichnete Verpflichtung des Gläubigers bestimmt werden. Welcher Gebrauch von der kassatorischen Klausel zu machen und ob vielleicht im einzelnen Falle auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen ist, bleibt dem Ermessen des Gläubigers überlassen.

Kassator. Klausel.

Die Nichterfüllung der in § 1175 bestimmten Verpflichtungen hat keinen nachtheiligen Einfluß auf die Höhe des Erlöses; vielleicht könnte sogar in

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 § 42; bayr. Ausf. Ges. zur C. P. O. Art. 23 Abs. 2.

Folge einer Kreditertheilung ein höherer Erlös erzielt werden. Es genügt deshalb, wenn nach § 1175 Satz 2 der Gläubiger die Gefahr seines Verfahrens zu tragen hat und so haftet, wie wenn er selbst zu dem Meistgebote unter der Bedingung sofortiger Baarzahlung gekauft hätte. Die Haftung des Gläubigers entspricht im vorliegenden Falle der Haftung des Kommissionärs, welcher unbefugt auf Kredit verkauft hat und deshalb durch Art. 369 Abs. 3 des H. G. B. verpflichtet wird, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Von selbst versteht sich, daß in einem solchen Falle der Gläubiger seine obligatorischen Rechte gegen den Käufer behält.

12. Mehrheit der Pfänder.

12. Die Vorschriften des § 1176 entsprechen den ähnlichen Bestimmungen für die Hypothek (§ 1078). Die in dem zweiten Absatze des § 1176 bestimmte Beschränkung darf nicht blos obligatorischer, sondern muß dinglicher Natur sein, weil das Veräußerungsrecht nur die Beschaffung der zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Geldmittel bezweckt und nicht weiter ausgedehnt werden darf, als dieser Zweck erfordert.

§ 1177.

Vereinbarung einer abweichenden Art des Verkaufes.

1. Die Regelung des Pfandverkaufes in §§ 1169—1176 bestimmt den Normalinhalt des Rechtes des Gläubigers. Dieser Normalinhalt des Faustpfandrechtes ist, soweit nicht eine vertragsmäßige Erweiterung desselben im Gesetze zugelassen wird, zugleich der Maximalinhalt. Wenn auch der gesetzliche Verkaufsmodus in der überwiegenden Zahl der Fälle den beiderseitigen Interessen entsprechen wird, so können doch auch Fälle vorkommen, in denen der Gläubiger erweiterte Rechte zu erhalten oder der Eigenthümer die Rechte des Gläubigers zu beschränken wünscht. Das Gesetz würde Interessen, welche Berücksichtigung verdienen, vernachlässigen, wenn es den regelmäßigen Inhalt des Pfandrechtes in Ansehung der Realisirung dieses Rechtes einer jeden vertragsmäßigen Abänderung schlechthin entzöge. Vertragsmäßige Beschränkungen des Gläubigers, z. B. auf die Realisirung seines Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung, müssen gewiß zugelassen werden. Aber auch vertragsmäßige Erweiterungen des Rechtes des Gläubigers sind bis zu einer gewissen Grenze zuzulassen. Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur, auch wenn er nicht das Veräußerungsrecht selbst, sondern nur die Legalverbindlichkeit betrifft, nach welcher der Gläubiger in einer gewissen Weise bei Vermeidung der Haftung für Schadenersatz zu verfahren hat; denn auch in letzterem Falle ist der Vertrag den Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam. In dem ersten Absatze des § 1177 wird die Zulassung eines dinglichen Vertrages der bezeichneten Art ausgesprochen und das aus der dinglichen Natur des Vertrages sich ergebende Erforderniß bestimmt, daß ein Dritter, welchem ein Recht an der Sache zusteht, einzuwilligen hat, wenn die Abänderung sein Recht beeinträchtigt.

Einschränkung.

2. Was die der gewährten Vertragsfreiheit zu setzenden Grenzen anbelangt, so ist nach der Seite der Erschwerung des Verkaufsverfahrens zum Nachtheile des Gläubigers keine Grenze zu bestimmen. Aber auch in der

Beschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze des Eigenthümers[1]) hat man nur so weit zu gehen, als ein Bedürfniß erhellt; ein solches kann nur in dem Erfordernisse des Schutzes des wirthschaftlich Schwächeren gefunden werden. Eine Abänderung derjenigen Vorschriften über den Verkauf, welche nur obligatorischer Natur sind, zu verbieten, erscheint wenig angemessen. Das obwaltende Legalschuldverhältniß, mithin auch die in § 1170 bestimmten Verpflichtungen zur Androhung des Verkaufes und zum Aufschube des Verkaufes, bleiben besser der freien Regelung im Vertragswege nicht verschlossen. Aber auch von denjenigen Vorschriften, von deren Befolgung die Gültigkeit der Veräußerung abhängt, verdienen nur die Vorschriften der §§ 1171, 1174 zum jus cogens gemacht zu werden. Die Vorschrift des § 1176 Abs. 2, welche die Veräußerung von mehr Sachen, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich, unwirksam sein läßt, verdient nicht die gleiche Behandlung; denn aus einer vertragsmäßigen Abweichung von dieser Vorschrift ist keine besondere Benachtheiligung und Bedrückung des Eigenthümers zu befürchten, sie kann vielmehr unter Umständen, wenn die Gesammtversteigerung der verpfändeten Sachen wegen ihrer Zusammengehörigkeit oder sonstiger Umstände einen höheren Erlös für die einzelnen Objekte erwarten läßt, recht wohl auch im Interesse des Eigenthümers liegen.

§ 1178.

Abweichungen im beiderseitigen Interesse.

Wie für den Fall des Exekutionsverkaufes der § 726 der C. P. O. einen Weg eröffnet, auf welchem ein Betheiligter eine in dem einzelnen Falle zweckmäßige Abweichung von dem regelmäßigen Verfahren bei dem Pfandverkaufe durchsetzen kann, so ist auch für den Fall des privaten Pfandverkaufes ein ähnlicher Weg offen zu halten. Das Recht sowohl des Gläubigers, als des Eigenthümers auf Einhaltung der über die Ausführung des Verkaufes gegebenen gesetzlichen Vorschriften kann nicht weiter reichen, als ein Interesse an solcher Einhaltung vorhanden ist. Wenn der gesetzliche auf den Durchschnitt der Fälle berechnete Verkaufsmodus im konkreten Falle unzweckmäßig erscheint und die Interessen des einen oder des anderen Theiles zu verletzen droht, so erfordert die Billigkeit, daß der gefährdete Theil von dem anderen Theile die Einwilligung in eine dem letzteren unnachtheilige Abweichung von dem regelmäßigen Verfahren, bezw. ein abweichendes Verfahren verlangen kann. Wie in dem in einigen Beziehungen ähnlichen Falle des § 726 C. P. O. hat das Gesetz den Betheiligten gegenseitige Ansprüche behufs Herbeiführung des im einzelnen Falle zweckmäßigen Verfahrens zuzugestehen; auch müssen hier wie dort die Vorschläge der Betheiligten einem billigen Ermessen entsprechen. Auch der nothwendige Konsens eines dinglich Berechtigten muß

---

[1]) Code civil Art. 2878 in f.; hess. Pfandgef. Art. 188 in Verb. mit Art. 91 Abs. 2; württemb. Exekutionsgef. von 1825 Art. 32 Abs. 3; weimar. Pfandgef. Art. 105; Pfandgef. für Hannover § 47 Abs. 3, für Coburg Art. 6 Abs. 2, für Oldenburg § 21, für Braunschweig § 7; bayr. L. R. II, 6 § 12 Nr. 3. Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 29 ff., bayr. Entw. III Art. 361 i. f.

erzwungen werden können und andererseits muß ein solcher Berechtigter auch das Recht haben, unter gleichen Voraussetzungen eine seinen Interessen entsprechende Verkaufsart durchzusetzen.

Ein Anspruch des Gläubigers auf Erlaß der Pflicht zur Androhung bezw. zum Aufschube der Ausführung des Verkaufes bis vier Wochen nach Eintritt des Rechtes zum Verkaufe (§ 1170 Abs. 2) wird nicht zuzulassen sein, da sonst der Eigenthümer in seinem Einlösungsrechte benachtheiligt werden könnte.

§ 1179.

Benachrichtigung des Eigenthümers von dem Verkaufe.

Die Anzeigepflicht des Gläubigers in Ansehung des Verkaufsergebnisses ist aus ähnlichen Gründen zu bestimmen, aus denen auch im Falle des Verkaufes einer hinterlegten Sache (§ 278) dem Schuldner die Benachrichtigung des Gläubigers zur Pflicht gemacht und dem Nießbraucher die Pflicht auferlegt ist, von gewissen die fremde Sache betreffenden Ereignissen dem Eigenthümer Kunde zu geben. Auch für den Fall des Verkaufes des Pfandes, welches sonst verderben würde (§ 1157 Abs. 1 a. E.), ist dem Gläubiger die Benachrichtigung des Eigenthümers über die Vollziehung des Verkaufes zur Pflicht gemacht. Die Beschränkung der Verpflichtung des Gläubigers auf den Fall der Thunlichkeit entspricht der Vorschrift des § 278, der Vorschrift des Art. 310 des H. G. B. und den Pfandgesetzen für Hannover, Oldenburg und Braunschweig.

§ 1180.

Wirkungen der rechtmäßigen Veräußerung.

Durch das Pfandrecht wird dem Gläubiger innerhalb der gezogenen gesetzlichen Schranken dieselbe Veräußerungsmacht verliehen, welche dem Eigenthümer innewohnt. Dabei kommt auf den Umstand nichts an, daß vielleicht der Pfandgläubiger sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet. Wegen der dinglichen Natur des Pfandrechtes bleibt die Person des Eigenthümers, möge dieser nun der Besteller sein oder ein Nichteigenthümer verpfändet haben, gleichgültig, wenn nur das Pfandrecht zur Entstehung gelangt ist.

Soweit das Pfandrecht nach den Regeln über die Rangordnung einem anderen Pfandrechte oder einem Nießbrauche nachsteht, wird die Macht des Pfandgläubigers, lastenfrei zu veräußern, beschränkt. Der Pfandgläubiger würde bei vorgehender Belastung ebenso wie der Eigenthümer der belasteten Sache nur salvo jure über die Sache verfügen können. Dieses Resultat wird im Entwurfe etwas modifizirt und die Veräußerungsmacht des Pfandgläubigers in einer gewissen Richtung über die Veräußerungsmacht des Eigenthümers der belasteten Sache hinaus ausgedehnt.

Erlöschen vorgehender Pfandrechte,

a) Vorgehende Pfandrechte würden nur leiden, insofern sie in Folge der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb erlöschen (§ 878). Der Entwurf geht weiter. Ist der nachstehende Pfandgläubiger überall in der Lage, den Veräußerungsvertrag wirksam abzuschließen (vergl. § 1166), so soll die Veräußerung alle früheren Pfandrechte vernichten, selbst wenn dieselben nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb bestehen bleiben würden. Diese

Digitized by Google

Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß dem Zwecke des vorgehenden Pfandrechtes Genüge geschieht, wenn dieses Recht auf den Erlös übertragen wird.

vorgehender Nießbrauchsrechte.

b) Bezüglich vorgehender Nießbrauchsrechte bleibt es im Allgemeinen bei der Regel, daß der spätere Pfandgläubiger nur die belastete Sache veräußern kann. Geht jedoch dem Nießbrauche ein Pfandrecht vor, so muß der Nießbrauch durch die Veräußerung des nachstehenden Pfandgläubigers untergehen, weil diese Veräußerung sogar das dem Nießbrauche vorgehende Pfandrecht zum Erlöschen bringt. Die Surrogation des Erlöses (vergl. § 1183 Abs. 2) beseitigt eine materielle Benachtheiligung des Nießbrauchers.

Erwerb des Pfandgläubigers bezw. des Eigenthümers.

2. Die juristische Konstruktion des Ueberganges des Eigenthumes auf den Gläubiger, wenn dieser den Zuschlag erhält, und der Befreiung der veräußerten Sache von ihrer Belastung, wenn der Eigenthümer der Ersteher ist, bietet einige Schwierigkeiten. Die Lösung derselben kann der Wissenschaft überlassen bleiben. Aber gerade wegen dieser obwaltenden Konstruktionsschwierigkeiten ist es erforderlich, im Gesetze darüber keinen Zweifel zu lassen, daß der meistbietende Gläubiger mit dem Zuschlage Eigenthum erwirbt und daß, wenn der Eigenthümer der Ersteher ist, das Eigenthum in demselben Maße lastenfrei wird, wie wenn es von einem anderen Ersteher erworben wäre; denn über die Richtigkeit und praktische Nothwendigkeit dieses Ergebnisses waltet ein Zweifel nicht ob.

§ 1181.

Rechtmäßigkeit der Veräußerung.

Bei der Rechtfertigung der in § 1181 Abs. 1 angeführten Vorschriften ist bereits dargelegt, weshalb diesen Vorschriften dingliche Wirksamkeit und der Verletzung derselben mithin die Folge der Unwirksamkeit der Veräußerung beigelegt werden muß.

Der zweite Absatz des § 1181 stellt klar, daß die in demselben angeführten Vorschriften den Gläubiger nur obligatorisch beschränken. Eine Verletzung dieser gesetzlichen obligatorischen Pflichten ist eine Verletzung des Eigenthumes und hiernach in ihren Folgen zu beurtheilen.

Möglich bleibt, daß der Gläubiger durch dinglichen Vertrag auf einen gewissen Realisirungsmodus beschränkt ist (vergl. § 1177), oder daß eine gewisse Art der Veräußerung von dem Richter angeordnet ist (vergl. § 1178). Die dingliche Wirkung des Vertrages bezw. der richterlichen Anordnung ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Der dritte Absatz des § 1181 will auf die Möglichkeit einer solchen dinglichen Wirkung hinweisen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß nur in den Fällen, auf welche der erste Absatz des § 1181 sich bezieht, die Veräußerung des Pfandes durch den Gläubiger unwirksam sein könne.

§ 1182.

Gutgläubiger Erwerb des Erstehers

In § 877 ist die Unkenntniß von dem Nichteigenthume des Veräußerers zur Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbes gemacht worden. Die Vorschrift des § 877 wird deshalb nicht zur Anwendung kommen, wenn der Erwerber

wußte, daß es sich um einen Pfandverkauf handle. In einem solchen Falle wird man nur dahin gelangen können, den im Nichteigenthume desjenigen, von welchem der Pfandgläubiger seine Rechte ableitet, liegenden Mangel, wenn dieser Mangel das einzige Hinderniß für den Erwerb des Käufers bildet, zu ignoriren, weil darauf, ob an Stelle des Auktors ein Vertreter mit Vertretungsmacht oder ein, bei Unterstellung des Eigenthumes des Auktors, veräußerungsberechtigter Pfandgläubiger tritt, nicht wohl etwas ankommen kann. Im Uebrigen würde es Sache des Erwerbers bleiben, zu prüfen, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für die pfandrechtliche Veräußerungsmacht des Gläubigers erfüllt sind. Die Prüfungspflicht des Erwerbers würde sich deshalb auch auf das Erforderniß des dinglichen Veräußerungsrechtes des Inhabers und nicht blos auf sonstige rechtsgeschäftliche Erfordernisse, wie Vollmacht des Vertreters, Abwesenheit von Zwang, Irrthum ꝛc. erstrecken. Aehnliche Gründe, wie diejenigen, welche dafür sprechen, dem Erwerber die Gefahr der Prüfung abzunehmen, ob sein Veräußerer Eigenthümer der Sache sei, sprechen für eine gleichartige Begünstigung des von dem Pfandgläubiger Erwerbenden in Ansehung der Prüfung der Frage, ob dem Veräußerer das dingliche Veräußerungsrecht, welches derselbe sich beilegt, zustehe. Ohne eine solche Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens würde das Ergebniß des Pfandverkaufes zum Nachtheile sowohl des Gläubigers, als des Eigenthümers durch die Ungewißheit des Erwerbes ungünstig beeinflußt werden.

Gestohlene oder verlorene Sachen.

Nach dem Entwurfe erleidet indessen diese Art des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes eine Einschränkung. Der gute Glaube des Erwerbers an die von dem Veräußerer behaupteten pfandrechtlichen Befugnisse bedarf und verdient nur dann Schutz, wenn der Verkauf und die Veräußerung in regelmäßiger Weise unter Hinzuziehung eines öffentlichen Organes, sei es nun nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, sei es nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 1171, 1174 geschehen. Ob diesen prozessualischen und zivilrechtlichen Vorschriften genügt ist, kann leicht von dem Erwerber geprüft und festgestellt werden. Verkauft der Gläubiger in anderer Weise, indem er auf eine nach § 1177 zu beurtheilende Vereinbarung eines abweichenden Verkaufsmodus oder auf eine nach § 1178 ergangene richterliche Anordnung sich stützt, so bleibt es Sache des Erwerbers, sich zu vergewissern, daß dem Veräußerer diejenigen Rechte zustehen, welche zur rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Veräußerung erforderlich sind; nur daß auch hier der Mangel, welcher im Nichteigenthume des Rechtsurhebers des Veräußernden liegt, nicht in Betracht kommen wird. In Ansehung der in § 1226 Abs. 2 zugelassenen Veräußerung von Inhaberpapieren aus freier Hand wird auf die Bemerkungen zu § 1226 verwiesen.

Nach § 879 gilt die dort bestimmte Ausnahme in Ansehung der gestohlenen und verlorenen Sachen nicht für den Fall der öffentlichen Versteigerung. Diese Unterausnahme wird hier auf den Fall ausgedehnt, wenn nach Maßgabe des § 1174 Gold- oder Silbersachen aus freier Hand verkauft sind, da dann die für den Fall des Gestohlenseins oder Verlorenseins der durch einen öffentlichen Funktionär verkauften Sachen bestimmte Ausnahme störend wirken und das Ergebniß des Pfandverkaufes beeinträchtigen würde.

§ 1183.

Recht am Erlöse.

Der Entwurf spricht das Prinzip aus, daß diejenigen Vermögensgegenstände, welche mittels des Verkaufes der Sache gewonnen werden, für den Eigenthümer an die Stelle seines Eigenthumes, für die sonstigen Berechtigten an die Stelle der mit ihrem Rechte belasteten Sache treten. Das Surrogat für die veräußerte Sache besteht entweder, nämlich wenn der Gläubiger nach § 1173 Abs. 1 so haftet, wie wenn der Kaufpreis von ihm empfangen wäre, in einer Forderung des Eigenthümers gegen den Gläubiger oder in dem Eigenthume an den von dem dritten Käufer tradirten Geldstücken. Unter „Erlös" sind diese beiden Arten des Surrogates zu verstehen.

a) Aufrechnung des erstehenden Pfandgläub.

Besteht das eintretende Surrogat in der Forderung des Eigenthümers gegen den Pfandgläubiger auf den Preis der veräußerten Sache, so wird die Befriedigung des Pfandgläubigers im Wege der sich von selbst verstehenden Aufrechnung erfolgen. Hierbei wird der Eigenthümer durch bestehende anderweite Nießbrauchsrechte und Pfandrechte, der Pfandgläubiger durch ihm vorgehende derartige Rechte beschränkt sein. Die weitere Abwickelung wird sich ohne Schwierigkeit aus den allgemeinen Grundsätzen über das Rangverhältniß der dinglichen Rechte und über den Nießbrauch und das Pfandrecht an Rechten ergeben.

b) Eigenthum des Pfandgl. am Kaufpreise

Für den in der Praxis häufigeren Fall, daß nicht der Gläubiger wegen Zahlung des Kaufpreises verhaftet, sondern der Preis von einem dritten Käufer gezahlt wird, enthält das angenommene Prinzip der Surrogirung eine Abweichung von dem Ergebnisse, welches in Ermangelung besonderer Vorschriften eintreten würde, und zwar eine Abweichung, welche nicht ohne weitere Modifikation sich durchführen läßt. Ohne das Prinzip der Surrogirung würde man nach allgemeinen Grundsätzen zu folgendem Ergebnisse gelangen:

Bei dem zwischen dem Pfandgläubiger und dem Käufer abzuschließenden Eigenthumsübertragungsvertrage in Ansehung der zu zahlenden Geldstücke würde man den Gläubiger als in eigenem Namen und nicht als Stellvertreter des Eigenthümers handelnd anzusehen haben. Folglich würde das Eigenthum aller gezahlten Geldstücke auf den Gläubiger übergehen, mithin, wie in dem zuerst gedachten Falle, die dem Eigenthümer gegen den Gläubiger zustehende Forderung an die Stelle der Sache treten.

Die Bestimmung einer so unbeschränkten Erwerbung des Eigenthumes seitens des Pfandgläubigers an den dem letzteren gezahlten Geldstücken geht indessen zu weit. Für den Fall des Konkurses des Pfandgläubigers könnten durch eine solche Bestimmung der Eigenthümer und die sonstigen Berechtigten geschädigt werden. Der Mittelweg zwischen dem Prinzipe der Surrogirung, welches dem Pfandgläubiger nur ein Pfandrecht an dem Gelde verbunden mit dem in § 1168 bestimmten Selbstbefriedigungsrechte, und dem aus allgemeinen Grundsätzen folgenden Ergebnisse, welches dem Pfandgläubiger das Eigenthum an allen gezahlten Geldstücken verschafft, ist der richtige und führt dahin, daß der Gläubiger zwar nicht blos Pfandrecht, sondern Eigenthum, aber Eigenthum nur insoweit erwirbt, als der gezahlte Erlös nach seinem Rechts-

in Höhe seiner Forderung.

verhältnisse zu den übrigen Betheiligten ihm gebührt, und den Erlös, soweit derselbe ihm nicht gebührt, für diejenigen inne hat, denen derselbe kraft ihres dinglichen Rechtes gebührt. Gegen einen solchen Mittelweg läßt sich auch nicht einwenden, daß es an einer körperlichen Abgrenzung des Eigenthumserwerbes und an einer Bestimmung der individuellen Geldstücke fehlt, welche dem Einen und dem Anderen gehören. Fehlt es wirklich an einer solchen Abgrenzung, so ist auf Seiten des Pfandgläubigers Miteigenthum anzunehmen und zwar nach dem Verhältnisse des ihm gebührenden Betrages zu der Summe des Erlöses. Durch ein solches Miteigenthumsverhältniß wird nach allen Richtungen die erforderliche Sicherheit geschaffen. Auch der Umstand kann nicht stören, daß bei einem solchen Kommunionsverhältnisse der Pfandgläubiger nicht, wie nach § 1168, wenn Geld Gegenstand des Pfandrechtes ist, einseitig durch Zueignung sich befriedigen kann; denn die Geldvertheilung bietet nicht die mindeste praktische Schwierigkeit.

c) Rechte Dritter.

Es wird nicht erforderlich sein, zu erläutern, daß der Pfandgläubiger bei der Empfangnahme der Zahlung durch die von ihm beauftragte Person vertreten wird. Der Ausdruck „Zahlung" des Eigenthümers an den Gläubiger (vergl. § 720 der C. P. O.) wird besser vermieden, da der Eigenthümer nicht Schuldner zu sein braucht.

Besondere Bestimmungen über die Auseinandersetzung der Realberechtigten in Ansehung des Erlöses werden nicht aufgenommen zu werden brauchen, da eine Konkurrenz mehrerer Realberechtigten selten vorkommt und bei einer solchen Konkurrenz von Pfandgläubiger und Nießbraucher das gegenseitige Verhältniß nach Maßgabe des Altersvorzuges keine Schwierigkeiten der Auseinandersetzung bietet.

Pfandrecht an einem Bruchtheile.

§§ 1184, 1185.

1. Pfandrecht an einer Miteigenthumsquote:

1. Da der Pfandgläubiger die Inhabung an Stelle und unter Ausschluß des Eigenthümers der belasteten Quote mit den übrigen Theilhabern gemeinschaftlich auszuüben berechtigt ist, so muß er auch zur Ausübung aller auf die Behandlung der Sache sich beziehenden Rechte des Miteigenthümers befugt sein. Eine Konkurrenz des letzteren würde das Recht des Pfandgläubigers auf die Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die Sache beeinträchtigen. Der Eigenthümer der belasteten Quote findet seinen Schutz in der obligatorischen Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers hinsichtlich der Ausübung jener Rechte. Sollten Früchte oder sonstige Nutzungen von der gemeinschaftlichen Sache gewonnen werden, so werden die Konsequenzen aus diesem Umstande ohne Schwierigkeit aus den §§ 1150, 1154 sich ergeben (§ 1184 Abs. 1).

a) vor Eintritt des Verkaufsrechtes,

Für die Zeit vor dem Eintritte der Voraussetzungen, unter welchen der Gläubiger den Verkauf des Pfandes beantragen kann, wird man dem Pfandgläubiger ebensowenig wie dem Nießbraucher (§ 985 Abs. 1 Satz 2) das selbständige Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, zugestehen können, und ebensowenig wird dem Eigenthümer die selbständige Macht gegeben

werden dürfen, eine Umwandlung des Pfandobjektes durch Aufhebung der Gemeinschaft herbeizuführen (§ 1184 Abs. 2).

b) nach Eintritt des Verkaufsrechtes.

2. Die im dritten Absatze des § 1184 bestimmte Befugniß des Pfandgläubigers, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist als ein selbständiges aus dem dinglichen Rechte des Gläubigers sich ergebendes Recht anzusehen und nicht etwa aus einer Uebertragung des persönlichen dem Miteigenthümer zustehenden Theilungsanspruches herzuleiten. Was das Recht des Miteigenthümers zur Aufhebung der Gemeinschaft anbelangt, so bewendet es dabei, daß der Miteigenthümer seinerseits, möge der Pfandgläubiger zum Verkaufe berechtigt sein oder nicht, jenes Recht nur in Gemeinschaft mit dem Pfandgläubiger geltend machen kann.

Da der verkaufsberechtigte Pfandgläubiger durch die Veräußerung der Quote einer anderen Person das selbständige Recht auf Theilung verschaffen kann, so erwächst dem Miteigenthümer keine besondere Beschwerung daraus, wenn schon dem Pfandgläubiger ein solches Recht beigelegt wird. Die Beilegung eines solchen Rechtes, welches allerdings die Befugniß zu einer regelmäßig dem Pfandgläubiger versagten Umgestaltung des Pfandobjektes einschließt, rechtfertigt sich dadurch, daß in der überwiegenden Anzahl der Fälle ein höherer Erlös zu erwarten ist, wenn die ganze Sache im Theilungsverfahren zum Verkaufe gestellt oder in Natur getheilt wird, weil bei dem Quotenverkaufe die dem Käufer bevorstehenden mit dem Theilungsverfahren verknüpften Umständlichkeiten und die Unbestimmtheit des schließlichen Resultates dieses Verfahrens den Preis hinunterdrücken werden. Da der Gläubiger kraft dinglichen Rechtes, also gleich einem Einzelnachfolger, an die Stelle des Miteigenthümers bei Verfolgung dieses aus der Gemeinschaft sich ergebenden Rechtes tritt, so ergiebt sich, daß eine obligatorische Gebundenheit des Miteigenthümers, welche diesen in der Ausübung seines Rechtes den Genossen gegenüber beschränkt, dem Gläubiger nicht entgegensteht.

Surrogirung des Zugetheilten.

3. Die Vorschrift der § 1184 Abs. 4, daß bei Aufhebung der Gemeinschaft der Pfandgläubiger das Pfandrecht an denjenigen Gegenständen erwirbt, welche an die Stelle des mit dem Pfandrechte belasteten Eigenthumsantheiles treten, entspricht der ähnlichen Bestimmung für den Fall des Quotennießbrauches in § 985 Abs. 1 Satz 3.

2. Quotenpfandrecht ohne Eigenthumsgemeinschaft.

4. In dem in § 1185 bezeichneten Falle besteht keine Gemeinschaft nach Miteigenthumsquoten. Es bedarf deshalb einer Bestimmung, welche die hieraus für die Rechte des Pfandgläubigers sich ergebenden Zweifel beseitigt. Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1184 Abs. 1, 4 ist ohne Bedenken (§ 1185 Abs. 2). Das Recht, die Theilung zu verlangen, kann man dem Pfandgläubiger auch gegenüber dem Alleineigenthümer nicht versagen, da in den besonderen Umständen des Falles kein Grund liegt, den Pfandgläubiger ungünstiger zu stellen, als in anderen Fällen der Quotenbelastung.

Darüber, welche Folgen sich im Uebrigen an das eintretende uneigentliche Gemeinschaftsverhältniß knüpfen, ob dem Eigenthümer als Eigenthümer der nicht belasteten Quote gegenüber dem Pfandgläubiger dieselben Rechte zustehen,

welche demselben, wenn die nicht belastete Quote einer dritten Person gehörte, zustehen würden, ob mithin auch der Alleineigenthümer gegenüber dem Pfandgläubiger auf Theilung zu dringen berechtigt ist, erscheint die Aufnahme besonderer Vorschriften nicht erforderlich und nicht rathsam, da es sich dabei um Fragen von nur untergeordneter Bedeutung handelt und die Lösung dieser Fragen von den Umständen des konkreten Falles abhängen wird.

Uebertragung der Forderung mit dem Pfandrechte.

§§ 1186—1188.

1. Uebergang des Pfandrechtes mit der Forderung.

Aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes ergiebt sich, daß dasselbe ohne die Forderung, deren Sicherung der alleinige Zweck desselben ist, auf einen Anderen nicht übertragen werden kann, mit der Uebertragung der Forderung dagegen auf den neuen Gläubiger übergehen muß. Von dieser Konsequenz würde schon aus Rücksicht auf die für die Uebertragung der Forderungen in § 297 gegebenen Bestimmungen nur abgegangen werden dürfen, wenn Gründe von besonderem Gewichte dazu nöthigten. Für die Bestimmung des Traditionserfordernisses ließe sich die Unzuträglichkeit, das Pfandrecht von der Inhabung der Sache zu trennen, und das im Entwurfe befolgte System anführen, nach welchem die Uebertragung der dinglichen Rechte an dieselbe Form geknüpft ist, wie deren Begründung. Man würde aber mit Rücksicht hierauf nur dahin gelangen, daß die Uebertragung der durch Pfandrecht gesicherten Forderung nebst dem Pfandrechte, gleichwie die Begründung des Pfandrechtes, von der Uebergabe der Sache abhängig gemacht wird; im Uebrigen könnte es bei der Vorschrift des § 297 Satz 2 verbleiben. Indessen fehlt es hierfür an einem Vorgange im geltenden Rechte und an einem praktischen Bedürfnisse. Auf den Vorgang des Hypothekenrechtes (§§ 1086, 1087, 1088) darf man sich nicht berufen, da hier die Gründe für die in den angeführten Bestimmungen enthaltene Regelung darin liegen, daß Forderung und Hypothek wegen Erstreckung der Grundbuchführung auch auf die Forderung in Betreff der Uebertragung denselben für den dinglichen Vertrag geltenden Regeln haben unterworfen werden können. Inhabung und Pfandrecht lassen sich nicht so zusammenhalten, daß das Pfandrecht ohne Inhabung nicht besteht und mit dem Verluste der Inhabung schlechthin erlischt. Einer Gleichbehandlung der Uebertragungsverträge bei Nießbrauch und Faustpfandrecht in Ansehung des Traditionserfordernisses steht die das Pfandrecht von dem Nießbrauche wesentlich unterscheidende akzessorische Natur des Pfandrechtes entgegen. Endlich würde ein nach Abtretung der gesicherten Forderung ohne Mitübergabe des Pfandes eintretender Schwebezustand, während dessen der bisherige Gläubiger die Macht behält, das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft aufzuheben oder dem neuen Gläubiger zu verschaffen, ein zweckloses Verbleiben des Pfandes in der Hand des bisherigen Gläubigers mit sich bringen und den neuen Gläubiger, welchem der bisherige Gläubiger zur Abtretung nur obligatorisch verbunden ist, gefährden. Die Vorschrift des Entwurfes, daß mit der Uebertragung der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger übergeht und daß das

Pfandrecht nicht ohne die Forderung übertragen werden kann (§ 1186 Abs. 1, 2), entspricht auch dem geltenden Rechte[1]).

2. Gutgläubiger Erwerb.

2. Einen gutgläubigen Erwerb eines nicht bestehenden Pfandrechtes kennt der Entwurf ebensowenig, wie den gutgläubigen Erwerb eines nicht bestehenden Nießbrauchsrechtes. Bei dem Pfandrechte könnte von einem solchen Erwerbe noch weniger die Rede sein als bei dem Nießbrauche wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechtes, nach welcher der Veräußerungsakt sich nur auf die Forderung beziehen und ein nicht bestehendes Pfandrecht der Forderung nicht folgen kann.

3. Inhabungsrecht des neuen Gläubigers.

3. In § 1187 Abs. 1 wird die aus § 1186 Abs. 1 sich ergebende Konsequenz ausgesprochen, daß der neue Gläubiger als nunmehriger Pfandberechtigter das Pfand vindiziren, mithin auch dem bisherigen Gläubiger abfordern kann. Zwar wird es für den bisherigen Gläubiger wegen der demselben obliegenden Verantwortung gegenüber dem Eigenthümer nicht selten bedenklich sein, das Pfand dem neuen Gläubiger auszufolgen. Allein hieraus kann ein gesetzgeberischer Grund für eine dem neuen Gläubiger die Inhabung versagende Bestimmung um so weniger entnommen werden, als der bisherige Gläubiger bei der Abtretung die Inhabung des Pfandes sich vorbehalten kann. Ein solcher Vorbehalt begründet freilich nur ein obligatorisches Recht und einen Einwand, welcher sich lediglich gegen den neuen Gläubiger, nicht auch gegen den Sondernachfolger desselben richtet. Indessen wenn der Gläubiger Bedenken gegen die Verantwortung für die Erhaltung des Pfandes nach der Abtretung hat, dann fordert sein Interesse, sich der Abtretung überhaupt zu enthalten. Der Gesetzgeber hat keine Veranlassung, den Verkehr mit Pfandforderungen zu erleichtern.

4. Haftung gegenüber dem Eigenthümer.

4. Im Falle der Veräußerung des Nießbrauches wird nach § 1013 der Erwerber für die Zeit nach der Veräußerung als Nießbraucher verpflichtet und der Veräußerer für die Erfüllung dieser Verpflichtung als selbstschuldnerischer Bürge verhaftet; auch muß sich der Erwerber, wenn gegen den Veräußerer das Recht auf Sicherheitsleistung begründet und die Sicherheit nicht geleistet ist, die gerichtliche Verwaltung gefallen lassen. Die Gründe, auf welchen diese Bestimmungen beruhen, sind im Wesentlichen auch für die Uebertragung des Pfandrechtes zutreffend (§ 1187 Abs. 1, 2, 3). Man würde die thatsächlichen Verhältnisse nicht richtig würdigen, wenn man annähme, der Eigenthümer müsse mit der Möglichkeit der Uebertragung des Pfandrechtes rechnen und könne deshalb nicht eine dauernde Haftung des ersten Pfandgläubigers erwarten.

Legalübergang der Forderung.

Die Haftung des bisherigen Gläubigers für den neuen Gläubiger wird nicht eintreten, wenn die Uebertragung der Forderung auf Gesetz beruht; denn wenn das Gesetz dem bisherigen Gläubiger die Forderung und damit das Pfandrecht entzieht, so würde eine weitere Dauer der Verantwortung des

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 402; code civil Art. 1692; sächs. G. B. § 954; weimar. Pfandges. § 73; zür. G. B. § 1034; schweiz. Obl. R. Art. 190; bayr. Entw. II Art. 155; dresd. Entw. Art. 325; vergl. jedoch auch sächs. G. B. § 386, weimar. Pfandges. § 80, anhalt. Pfandges. § 5, bayr. Entw. III Art. 432 Abs. 1.

bisherigen Gläubigers unbillig sein. Sollten sich hieraus Härten für den Eigenthümer ergeben, so müßte Abhülfe nicht durch eine pfandrechtliche Vorschrift, sondern durch die Vorschriften, welche den Legalübergang bestimmen, geschaffen werden. Der Entwurf hat keine Veranlassung gefunden, Besonderheiten in dieser Richtung zu bestimmen.

5. Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung.

5. Die weitere Haftung des bisherigen Pfandgläubigers gegenüber dem Eigenthümer, welche nach Uebertragung der durch das Pfand gesicherten Forderung noch stattfindet, würde im Falle der Uebertragung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung zu Härten führen. Man wird zwar nicht so weit gehen dürfen, wie in dem Falle der gesetzlichen Uebertragung, da der Eigenthümer vollen Schutz behalten muß; aber das Gesetz wird die Verwahrung des Pfandes so zu ordnen haben, daß weder dem bisherigen noch dem neuen Gläubiger Gefahren erwachsen. Dies wird durch die Vorschrift des § 1188 erreicht, welche die Rechte des Eigenthümers unverkürzt läßt. Die Kosten einer von dem bisherigen Gläubiger verlangten Hinterlegung ꝛc. muß dieser tragen, weil sonst der Exekutionsuchende nicht vollständig durch die Ueberweisung befriedigt sein würde und die Hinterlegung wesentlich im Interesse des bisherigen Gläubigers und auf dessen Verlangen erfolgt.

Wird der bisherige Gläubiger von dem Eigenthümer aus seiner Haftung entlassen, so erledigt sich damit der Grund, welcher eine besondere Art der Aufbewahrung im Interesse des bisherigen Gläubigers erforderlich erscheinen läßt. Dagegen ist über die Art und Dauer der Aufbewahrung nichts zu bestimmen. Es versteht sich von selbst, daß die öffentliche Hinterlegung ꝛc. kein Hinderniß des Verkaufes bilden darf und der bisherige Gläubiger deshalb nöthigenfalls zur Einwilligung in die Verabfolgung des Pfandes an die mit dem Verkaufe beauftragte Person behufs der Veräußerung von dem neuen Gläubiger gezwungen werden kann und daß, wenn der Verkauf scheitert, die Hinterlegung wieder einzutreten hat.

Aufhebung des Pfandrechtes.

§§ 1189—1193.

Aufhebungsgründe: 1. Rechtsgeschäft;

1. Die Vorschriften des § 1189 betreffen die Aufhebung durch Rechtsgeschäft. Es wird genügen, wenn zu ihrer Begründung auf die Ausführungen zu §§ 960, 1016 Abs. 2 S. 460, 465, 531 verwiesen wird.

2. Ausschließung bei Uebertragung der Forderung;

2. Der Mitübergang des Pfandrechtes bei Abtretung der Forderung beruht nicht auf zwingender Rechtsvorschrift. Die durch Hypothek gesicherte Forderung kann allerdings nach § 1086 Abs. 2 nicht ohne die Hypothek übertragen werden; doch ist diese Bestimmung dadurch gerechtfertigt, daß die Hypothek mittels Rechtsgeschäftes nur unter Hinzutritt der Löschung untergehen darf. Eine entsprechende Rücksicht macht sich hier nicht geltend und es besteht kein Bedürfniß, der auf die Uebertragung der Forderung ohne das Pfandrecht gerichteten, unter Umständen volle Berücksichtigung verdienenden Absicht des Gläubigers die Anerkennung zu versagen. Die Zusammengehörigkeit der Forderung und des Pfandrechtes muß aber dann in der negativen Richtung

sich bethätigen, daß das Pfandrecht erlischt, weil es ohne die Forderung nicht existiren kann (§ 1190).

3. Rückgabe des Pfandes.

3. In dem modernen Rechte hat sich allmählich eine besondere Art der Aufhebung, welche dem Pfandrechte eigenthümlich ist, entwickelt. Das gemeine Recht behandelt die Rückgabe des Pfandes aus dem Gesichtspunkte des Verzichtes. Die modernen Gesetzgebungen[1]) lassen mehr oder weniger die Erfordernisse des vertragsmäßigen Verzichtes fallen und gehen zum Theil (der code civil Art. 2076) so weit, den Fortbestand des Pfandrechtes an den Fortbestand der Pfandinhabung zu knüpfen.

Fiktion des Aufhebungswillens.

a) Der Entwurf (§ 1191 Abs. 1) verlangt eine in einer gewissen Handlung, der Rückgabe des Pfandes, sich verkörpernde Willenserklärung. Auf diesen Akt bleiben die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar. Nur tritt die Rechtsfolge der Aufhebung des Pfandrechtes nicht lediglich um deswillen ein, weil sie gewollt ist, sondern gewollt braucht nur die Rückgabe zu sein, und das Gesetz erweitert, unabhängig von dem Willen des Erklärenden, die rechtlichen Folgen der Erklärung bis zu der Aufhebung des Pfandrechtes. Ein solcher Zwang ist um deswillen gerechtfertigt, weil es dem Willen des Gläubigers nicht freigegeben werden kann, einen thatsächlichen Zustand zu schaffen, welcher den Fortbestand des Pfandrechtes verdunkelt. Durch die Ausschließung der Entstehung des Pfandrechtes im Wege des constitutum possessorium ist verhütet, daß das Pfandrecht mit einem solchen Zustande beginne; die hier gegebene Vorschrift verhütet, daß ein solcher Zustand nachträglich durch einen Willensakt des Gläubigers herbeigeführt werde.

Vermuthung der Rückgabe.

b) In dem zweiten Absatze des § 1191 wird die Vermuthung der Rückgabe aufgestellt, wenn das Pfand in die Hände des Eigenthümers zurückgelangt oder durch die Hände des Eigenthümers hindurch an einen Dritten gekommen ist. Die Regel, daß nur die Entstehung des dinglichen Rechtes bewiesen zu werden braucht, führt bei Geltendmachung des Pfandrechtes zu Uebelständen. Der Zweck der Vorschrift, welche die Begründung des Pfandrechtes im Wege des constitutum possessorium ausschließt, droht vereitelt zu werden. Die Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer ist, insbesondere für dritte Betheiligte, schwer zu beweisen. Man kommt also leicht zu unersichtlichen die Sache in

[1]) Das bayr. L. R. II, 6 § 17 (vergl. auch bayr. Entw. III Art. 436) steht auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte. Einen abweichenden Standpunkt nehmen ein: das weim. Pfandgef. § 189 in Verb. mit § 115, nach welchen Bestimmungen mit dem Verluste des Pfandbesitzes zwar nicht das Pfandrecht, wohl aber jede Wirkung desselben gegen Dritte erlischt; das coburg. Pfandgef. Art. 2 Abs. 3, nach welchem das Pfandrecht zwar nicht mit dem Besitzverlufte schlechthin, wohl aber mit dem Zurückgelangen der Sache in den Gewahrsam des Eigenthümers erlischt; das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 253, 254, welches auf das freie vorbehaltlose Aufgeben des Besitzes Gewicht legt, mag nun der Eigenthümer oder ein Dritter in den Gewahrsam der Sache kommen; die Pfandgesetze für Hannover § 44, Oldenburg Art. 19, Braunschweig § 4, welche das Zurückgelangen des Pfandes in den Gewahrsam des Schuldners mit Zustimmung des Gläubigers verlangen. Das österr. G. B. § 467 nimmt die Wirksamkeit eines Vorbehaltes bei der Rückgabe an. Das sächs. G. B. § 486 redet einfach von Zurückgabe des Pfandes.

fremder Hand belastenden Pfandrechten. Dagegen ist auch nicht einzuwenden, die Regel, daß nur der Erwerbungsakt, nicht aber die Art und Weise des Verlustes des Besitzes bezw. der Inhabung nachgewiesen zu werden braucht, führe bei der Geltendmachung des Eigenthumes an beweglichen Sachen zu ähnlichen Uebelständen; denn die Unersichtlichkeit des Eigenthumes ist für den Verkehr bei Weitem nicht so gefährlich, wie die Unersichtlichkeit der Pfandrechte. Man darf allerdings nicht so weit gehen, an eine jede Art des Inhabungsverlustes die Vermuthung der Aufhebung des Pfandrechtes durch Rückgabe zu knüpfen. Die Aufstellung einer solchen Vermuthung ist nur gerechtfertigt, wenn die Sache an den Eigenthümer oder einen Vertreter desselben oder, nach Begründung des Pfandrechtes, von dem Eigenthümer an einen Dritten gelangt ist, und unter der ferneren Voraussetzung, daß der Pfandgläubiger vermöge seines Rechtes ein Recht auf die Inhabung hat und die Inhabung erlangt hatte. Wenn auch in einem solchen Falle bei der hohen Wahrscheinlichkeit, daß das Zurückgelangen des Pfandes gerade an den Eigenthümer auf einem Rückgabeakte und nicht auf einem ohne den Willen des Gläubigers eingetretenen zufälligen Ereignisse beruhe, der Richter schon von selbst kraft seiner freien Beweiswürdigung leicht dazu kommen kann, den Beweis der Rückgabe als geführt anzusehen, so spricht doch ein überwiegendes praktisches Bedürfniß dafür, eine solche Art der Beweiswürdigung sicherzustellen, obgleich der Entwurf im Allgemeinen mit der Aufstellung von Vermuthungen über Thatsachen, welche aus anderen Thatsachen gefolgert werden, sparsam ist.

1 Erlöschen d. Forderung

4. Daß das Pfandrecht mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung aufgehoben wird, ergiebt sich aus der akzessorischen Natur dieses Rechtes und wird mehrfach in den Gesetzgebungen ausdrücklich ausgesprochen[1]). Der Entwurf folgt diesem Beispiele (§ 1192 Abs. 1).

Zur Anerkennung eines anomalen, der Eigenthümerhypothek entsprechenden Pfandrechtes ohne Forderung oder an eigener Sache liegt ein praktisches Bedürfniß nicht vor. Wenn der Eigenthümer, welcher zugleich der persönliche Schuldner ist und deshalb nicht die Abtretung der gesicherten Forderung erlangen kann (vergl. § 1193 letzter Satz), den Gläubiger befriedigt, kann denkbarerweise der Eigenthümer ein Interesse haben, daß die durch eine Aufwendung aus seinem sonstigen Vermögen herbeigeführte Befreiung des Pfandes nicht anderen Personen, denen gegenüber er zu derartigen Aufwendungen nicht verpflichtet ist, zu Gute komme, falls denselben Pfandrechte oder Nießbrauchsrechte zustehen, welche in Folge der Befreiung des Pfandes im Range verbessert werden. Ein genügender Grund, mit Rücksicht auf ein solches Interesse Besonderheiten zu bestimmen und dem Eigenthümer eine anomale Rechtsposition zuzusprechen, liegt indessen nicht vor.

Späterer Wegfall des Aufhebungsgrundes.

Der Grund, aus welchem die Forderung aufgehoben ist, kann an einer inneren Schwäche leiden, entweder, weil das aufhebende Rechtsgeschäft anfechtbar oder resolutiv bedingt ist, oder weil, wenn die Aufhebung kraft des Ge-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 55; bayr. L. R. II, 6 § 17 Nr. 1; sächs. G. B. § 484 in Verb. mit § 459; die Pfandgesetze für Hessen Art. 202 in Verb. mit Art. 152 Nr. 1 und für Weimar § 158; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 363 Nr. 2.

setzes erfolgt, die betreffende Gesetzesvorschrift eine ähnliche Beschränkung ihrer Wirkung enthält. Was alsdann, wenn der Aufhebungsgrund nachträglich entkräftet wird, Rechtens ist, ergiebt sich aus den Vorschriften, in deren Folge der Aufhebungsgrund eine Schwächung erleidet (z. B. §§ 112, 129, 275), und braucht hier nicht bestimmt zu werden[1]).

Wirkung peremtorischer Einreden.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes entspricht der für die Hypothek beschlossenen Bestimmung in § 1093. Die durch die Vorschrift zu hebenden Uebelstände sind bei der Hypothek wie bei dem Faustpfandrechte ähnlicher Natur. Dort kann der Eigenthümer nicht die Berichtigung des Buches, hier nicht die Inhabung seiner Sache erlangen, da er, ungeachtet der der Forderung entgegenstehenden peremtorischen Einrede, doch nicht die Aufhebung des Pfandrechtes verlangen kann, obwohl nur die von dem Willen des Verpflichteten abhängende Möglichkeit vorliegt, daß auf die Einrede verzichtet und dadurch das der Geltendmachung von Forderung und Pfandrecht entgegenstehende Hinderniß gehoben wird.

Eine Beschränkung auf den Fall, daß das Pfandrecht für fremde Schuld bestellt ist, ist bei der Hypothek nicht bestimmt und wird auch hier nicht zu bestimmen sein. Es besteht nun allerdings zwischen dem Pfandrechte an beweglichen Sachen und der Hypothek der Unterschied, daß bei dem Faustpfandrechte, wenn dasselbe nicht für fremde Schuld bestellt ist, nach § 1148 ein Verzicht des Schuldners auf Einreden auch den Eigenthümer bindet, während bei der Hypothek ein solcher Verzicht dem Eigenthümer gegenüber ohne Wirkung ist. Es ist mithin die Hinwegräumung der peremtorischen Einrede bei der Verpfändung für eigene Schuld unabhängig von dem Willen des Eigenthümers, wenn Eigenthümer und Schuldner verschiedene Personen sind. Wenn man aber auch davon ausgeht, daß hier der Eigenthümer eine Erschwerung der Pfandhaftung in Folge des Verzichtes des Schuldners zu dulden hat, so würde man doch zu weit gehen, wenn man die bloße Möglichkeit eines solchen Verzichtes den Eigenthümer, welcher nicht der Schuldner ist, daran hindern lassen wollte, das Pfand im Falle einer der gesicherten Forderung entgegenstehenden peremtorischen Einrede zurückzufordern und zu dem Ende die Erklärung abzugeben, daß er von der Einrede Gebrauch mache.

Verjährung der Forderung.

Auch im Falle der Verjährung steht nach § 182 Abs. 1 der Forderung eine dauernd die Geltendmachung derselben ausschließende Einrede entgegen, jedoch soll hierdurch nach § 183 Abs. 1 der Pfandläubiger nicht gehindert werden, seine Befriedigung aus dem Pfande zu suchen; das Pfandrecht wird also durch die Verjährung der Forderung in seinem Bestande nicht getroffen. In § 1192 Abs. 3 wird darauf hingewiesen, daß hieran nichts geändert werden solle.

5. Sonstige Erlöschungsgründe.

5. Der Entwurf will in § 1819 und den folgenden Paragraphen keine vollständige Aufzählung aller möglichen Arten der Erlöschung des Pfandrechtes, z. B. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines, im Falle der Schuldübernahme (§ 317), in Folge der Ersitzung oder des Erwerbes

---

[1]) Das hess. Pfandges. Art. 205 bringt eine Spezialvorschrift für den in Rede stehenden Fall; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 435.

der Sache in gutem Glauben ꝛc. geben. Die weiteren Erlöschungsgründe bleiben aus den einschlagenden besonderen Vorschriften zu entnehmen.

6. Vereinigung mit dem Eigenthume.

6. Der Konsolidation des Eigenthumes durch Vereinigung desselben mit der gesicherten Forderung und also auch dem Pfandrechte in einer Person wird, speziell für das Faustpfand, nur in einigen Gesetzgebungen gedacht[1]). Meistens wird die Entscheidung der Frage den allgemeinen Regeln überlassen.

Die für den Nießbrauch in § 1016 Abs. 1 gegebene Vorschrift paßt auch für das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Die Vorschrift des § 1193 ist deshalb der Vorschrift des § 1016 Abs. 1 nachgebildet. Hier ist indessen die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß bei der Vereinigung eines älteren Pfandrechtes mit dem Eigenthume jenes Recht wegen des Vorhandenseins anderer jüngerer den Werth der Sache erschöpfender Pfandrechte als das werthvollere Recht erscheint. In diesem Falle die Rechtsvereinigung zum materiellen Nachtheile derjenigen Person ausschlagen zu lassen, in welcher ein Ueberfluß von Recht stattfindet, würde eine Unbilligkeit sein, welcher in dem letzten Satze des § 1193 vorgebeugt wird.

§ 1194.

Zurückbehaltungsrecht wegen anderer Forderungen.

Eine Erweiterung des Rechtes des Gläubigers durch Zusprechung eines Rechtes der Zurückbehaltung wegen sonstiger gegen den Eigenthümer ihm zustehender Forderungen ist im gemeinen Rechte, im bayr. L. R. II, 6 § 14 Nr. 2—4, im code civil Art. 2082 Abs. 2 enthalten und ist auch in Art. 313 des H. G. B. unter Kaufleuten bestimmt. Andere Gesetzgebungen schließen ein derartiges Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich aus[2]).

Wird im Gesetze nichts bestimmt, so ergiebt sich der Umfang der Hauptforderung und der Nebenforderungen, für welche das Pfand haftet, aus §§ 1148, 1149. Für den Umfang dieser Haftung bleibt die Konnexität außer Betracht; jedoch wird gerade für die Forderungen, welche hauptsächlich als konnexe in Betracht kommen könnten, insbesondere für die Forderungen wegen Verwendungen, die Pfandhaftung durch § 1148 bestimmt. Die Konnexität kommt mithin für die vorliegende Frage praktisch nicht weiter in Betracht.

Gegen die Zusprechung eines allgemeinen Zurückbehaltungsrechtes spricht der durchschlagende Grund, daß in einer solchen Zusprechung eine willkürliche

---

[1]) Insbesondere im sächs. G. B. § 458 zusammen mit § 484; vergl. auch bayr. Entw. III Art. 363, 433.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 171; sächs. G. B. § 1447; Pfandgesetze für Hannover § 45, für Hessen Art. 195, für Oldenburg Art. 30 Abs. 2, für Braunschweig § 17 Abs. 2, für Bremen § 124. Die zitirten hannov. und oldenburg. Bestimmungen schließen das Zurückbehaltungsrecht allerdings nur „wegen nicht konnexer Forderungen“ aus; in den Motiven zu dem oldenb. Art. 30 ist indessen anerkannt, daß als konnex außer den Nebenforderungen, für welche das Pfand haftet „praktisch wohl nur eine Forderung wegen Verwendungen auf die Sache in Betracht kommen wird“. Das württemb. Pfandgef. Art. 254, 255 ist zweifelhaft. Ausnahmsweise ist die Zurückbehaltung zulässig, wenn ein Arrestgrund vorliegt, nach preuß. A. L. R. I, 20 § 172 und nach dem hess. Pfandgef. Art. 195.

Erweiterung der Rechte des Gläubigers liegen würde, welcher es unterlassen hat, wegen seiner sonstigen Forderungen durch Ausbedingung der Pfandhaftung sich zu sichern.

Die Nichtzulassung des Zurückbehaltungsrechtes wird mit Rücksicht auf den bisherigen Rechtszustand auszusprechen sein. Das im Art. 313 des H. G. B. bestimmte Zurückbehaltungsrecht bleibt selbstredend unberührt.

§ 1195.

Eigenthumsvermuthung zu Gunsten des Verpfänders.

1. An der inneren Berechtigung der in dem ersten Absatze aufgestellten Vermuthung (vergl. auch die Bemerkungen zu § 825) läßt sich nicht zweifeln, da die Annahme einer Sache als Pfand eine thatsächliche Anerkennung enthält, daß die Sache als eine dem Verpfänder gehörige Sache in Empfang genommen ist. Wenngleich hiernach das Gericht nicht leicht einen weiteren Beweis des Eigenthumes des Verpfänders gegenüber dem Pfandgläubiger fordern wird, so empfiehlt es sich doch und ist mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß erforderlich, dem Verpfänder die Beweisfreiheit durch Aufstellung einer gesetzlichen Vermuthung zu sichern.

Schutz des gutgläubigen Pfandgläubigers.

2. In dem zweiten Absatze des § 1195 wird nicht eine Vermuthung, sondern eine Fiktion aufgestellt. Die Aufstellung einer solchen Fiktion erscheint als ein nothwendiges Korrektiv dagegen, daß dem Pfandgläubiger in Folge des Bestandes seines Rechtes kraft Gesetzes Verbindlichkeiten gegenüber dem Eigenthümer auferlegt werden. Wenn man die Verbindlichkeiten des Pfandberechtigten aus einem contractus pigneraticius herleitet, ist eine bestimmte Person als Gläubiger gegeben; bei dem vom Entwurfe angenommenen Legalschuldverhältnisse dagegen wird die Gläubigerschaft durch das Eigenthum bestimmt. Unter dem hiernach möglichen Irrthume über die Gläubigerschaft darf der Pfandberechtigte nicht leiden. Es ist demselben auch nicht einmal eine besondere Nachforschungspflicht aufzuerlegen, sondern nur zu verlangen, daß er nicht aus grober Fahrlässigkeit eine zuverlässige Kunde über das Eigenthum eines Anderen als des Verpfänders unbeachtet lasse. Liegt kein derartiger Fall vor, so muß in Ansehung des Schuldverhältnisses zwischen den Betheiligten der Verpfänder für den Pfandberechtigten als Gläubiger gelten, und zwar in ähnlicher Weise, wie bei einer dem Schuldner unbekannt gebliebenen Zession der bisherige Gläubiger trotz des Ueberganges der Forderung fortfährt, als Gläubiger zu gelten. Hiernach wird sich dann auch die Gültigkeit aller zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen beurtheilen.

Aus der Vorschrift des zweiten Absatzes wird sich auch ergeben, daß ein von dem Pfandgläubiger dem Verpfänder, welcher nicht Eigenthümer ist, erklärter Verzicht oder eine an einen solchen Verpfänder erfolgende Rückgabe des Pfandes dieselben Wirkungen in Ansehung des Bestandes des Pfandrechtes haben, welche, wenn der Verpfänder Eigenthümer wäre, eintreten würden.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob dem § 1195 Abs. 2 ein höheres Prinzip zu entnehmen ist (vergl. S. 135).

Digitized by Google

Pfandrecht an Schiffen.

Vorbemerkungen.

Regelung im bürgerlichen Gesetzbuche.

In Ansehung der das Pfandrecht an registrirten Schiffen und an Schiffsparten regelnden Vorschriften ist im Allgemeinen Folgendes zu bemerken:

1. Abgesehen von der Verbodmung hat das H. G. B. die Verpfändung von Schiffen nicht geordnet; man hat sich mit den Bestimmungen begnügt:

a) daß im Falle der Konkurrenz der Schiffsgläubiger, welche ihr Pfandrecht verfolgen, mit anderen Pfandgläubigern oder sonstigen Gläubigern die Schiffsgläubiger den Vorzug haben (Art. 779);

b) daß die Bestimmungen der Art. 767 und 769 über das Erlöschen der Pfandrechte der Schiffsgläubiger auch Anwendung finden auf die sonstigen an dem Schiffe oder einer Schiffspart durch Willenserklärung erworbenen gegen den dritten Besitzer verfolgbaren Pfandrechte und daß die Vorschrift des Art. 767 Nr. 1 auch hinsichtlich der auf einer Schiffspart haftenden Pfandrechte im Falle des Zwangsverkaufs dieser Schiffspart eintritt (Art. 780 Abs. 1 und 2).

Im Uebrigen werden nach Art. 780 Abs. 3 die durch Willenserklärung erworbenen Pfandrechte nach den Landesgesetzen beurtheilt.

Diese Materie bei der Kodifikation des bürgerlichen Rechtes auch ferner den Landesgesetzen zu überlassen, ist kein Grund ersichtlich und würde schon im Hinblicke auf die Rechte der Schiffspfandgläubiger wenig angemessen sein. Die Vorschriften der Landesgesetze sind daher zu ersetzen durch Vorschriften, welche nach der gegenwärtigen Sachlage nur in das bürgerliche Gesetzbuch eingestellt werden können. Dadurch wird zugleich die erforderliche Harmonie der Spezialvorschriften mit den sonstigen pfandrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches gewahrt. Bei dem engen Zusammenhange dieser Materie mit verwandten Vorschriften des fünften Buches des H. G. B. war jedoch in einer Anmerkung zum § 1196 darauf hinzuweisen, daß die Nachprüfung der hier entworfenen Vorschriften und die Entscheidung über Beibehaltung und Stellung derselben der Revision des H. G. B. vorbehalten bleibe.

Landesgesetze.

2. Was das geltende Partikularrecht anbetrifft, so ist in Preußen im Einf. Ges. zum H. G. B. v. 24. Juni 1861 Art. 59 bestimmt, daß die Verpfändung von Seeschiffen (mittels symbolischer Uebergabe, A. L. R. I, 20 § 300) durch deren Eintragung in das Schiffsregister vollzogen wird. Die Eintragung ist auf der Verpfändungsurkunde und dem Zertifikate des Pfandbestellers zu vermerken, nach der Aufhebung des Pfandrechtes aber im Schiffsregister wieder zu löschen; unter den eingetragenen Pfandrechten bestimmt sich das Vorrecht nach der Zeitfolge der Eintragung. Diese Bestimmungen sind inzwischen auch in Neuvorpommern und Rügen[1]), in Schleswig-Holstein[2]) und in

[1]) Hypoth. Ges. v. 21. März 1868 § 33 und Ges. über das Grundbuchwesen ꝛc. v. 26. Mai 1873 § 48.

[2]) Ges. über Grundbuchwesen ꝛc. v. 26. Mai 1873 § 48.

Hannover[1]) eingeführt. In Oldenburg ist das Pfandrecht an Schiffen nach dem Muster des preuß. Rechtes geordnet[2]). Auch in Mecklenburg-Schwerin[3]) und in Lübeck[4]) hat man sich im Wesentlichen dem preuß. Rechte angeschlossen.

Binnenschiffahrtsrecht.

3. Ob bei einer Revision des H. G. B. das Binnenschifffahrtsrecht in das Handelsgesetzbuch aufgenommen werden wird, steht dahin[5]). Sollten besondere Bestimmungen über die Verpfändung der zum Erwerbe durch die Fahrt auf Binnengewässern bestimmten Schiffe (Stromschiffe) überhaupt aufgenommen werden, so würde sich der Platz derselben in ähnlicher Weise bestimmen, wie für die Vorschriften über die Verpfändung von Seeschiffen. Die in Deutschland bestehenden Gesetze, nach welchen Stromschiffe in anderer Weise als durch Uebergabe verpfändet werden können, greifen theils zu den Hypothekenbüchern — so das hann. Ges. v. 14. Dezember 1864 § 2 und die lüb. Verordn. „die Errichtung eines Zuschrifts- und Verpfändungsbuches für hiesige Stecknitzschiffe ꝛc. betr." v. 26. April 1845 (Samml. lüb. Verordn. Bd. 13 S. 7) —, theils zu den von den Stromschiffen zu führenden Schiffspapieren, insbesondere dem Meßbriefe — so das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 299 ff. und das zitirte oldenb. Ges. Nr. 38 v. 3. April 1876. Das Ges., betr. die Einführung der Kouk. O. in den Bezirk des Justizsenates Ehrenbreitstein, v. 3. Februar 1864 begnügt sich hinsichtlich der Verpfändung eines zur Frachtschifffahrt bestimmten Schiffsgefäßes mit der Bestimmung: „Zu einer solchen Verpfändung ist jedoch erforderlich, daß sie ausdrücklich und schriftlich geschieht und daß dabei zugleich Maßregeln genommen werden, aus welchen für jeden Dritten ohne dessen eigenes grobes Verschulden (lata culpa) die eingetretene Beschränkung des Verpfänders in der Verfügung über die verpfändete Sache ersichtlich ist".

Der Entwurf schlägt keine besonderen Bestimmungen über die Verpfändung von Stromschiffen vor, weil es zur Zeit an einem allgemein vorhandenen und geeigneten Institute für Kundbarmachung derartiger Pfandrechte fehlt. Das Institut der Meßbriefe besteht nicht allgemein und ist auch, wo es eingeführt ist, anscheinend, namentlich in den in Frage kommenden Beziehungen, nur unvollkommen geregelt. Wenn bei der Revision des H. G. B. das Binnenschifffahrtsrecht geregelt und für solche Schiffe eine dem Institute des Schiffsregisters adäquate oder genügend entsprechende Einrichtung beschlossen werden sollte, steht einer Ausdehnung der Bestimmungen des Entwurfes über die Schiffsverpfändung auf Stromschiffe nichts im Wege. Solange derartige gesetzliche Vorschriften nicht gegeben werden, können Stromschiffe nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen verpfändet

---

[1]) Ges., betr. die Verpfändung von Kauffahrteischiffen in der Prov. Hannover, v. 27. Januar 1879.

[2]) Ges. Nr. 38 (Gesetzbl. S. 195) v. 3. April 1876 §§ 1—15.

[3]) Verordn., betr. die Verpfändung von Seeschiffen und Schiffsparten, v. 28. März 1881.

[4]) Ges., betr. die Verpfändung von Seeschiffen, v. 20. Januar 1882.

[5]) Vergl. den gedruckten Bericht der Vorkommission S. 12, 16 bei X Nr. 1 und den Bericht des Bundesrathsausschusses für das Justizwesen v. 9. Juni 1874 (Drucks. der Bundesrathssession v. 1874 Nr. 78 S. 10)

werden, insoweit nicht im Falle der Aufnahme eines allgemeinen Vorbehaltes zu Gunsten des partikularen Binnenschifffahrtsrechtes die betreffenden Landesgesetze Besonderheiten bestimmen.

Anwendbarkeit der Vorschriften über das Faustpfandrecht.

4. Das Schiffspfandrecht bleibt nach dem Entwurfe Pfandrecht an einer beweglichen Sache. Solches tritt hervor durch den Anschluß an die Vorschriften über das Faustpfandrecht. Soweit Besonderheiten nicht bestimmt werden, bleibt es bei der Anwendung der Normen des Faustpfandrechtes, mithin insbesondere in Ansehung des richterlichen und des gesetzlichen Pfandrechtes und in Ansehung des Inhaltes des konventionellen Pfandrechtes.

§ 1196.

Begründung. a) Eintragung in das Schiffsregister.

1. Der Zweck der besonderen Vorschriften über die Schiffsverpfändung geht dahin, dem Verpfänder die Inhabung des Schiffes zu belassen. Zur Erreichung dieses Zweckes muß ein Ersatz für das gewöhnliche Mittel der Kundbarkeit des Faustpfandrechtes — die vom Gesetze verlangte Gestaltung der Inhabung — gesucht werden. Ein solcher Ersatz kann nur in der Eintragung in ein öffentliches Buch gefunden werden. Eine Aufnahme der Schiffe in die Grundbücher würde ungeeignet erscheinen, weil von einer Unterstellung der Schiffe unter das Immobilienrecht Abstand zu nehmen ist. Das Pfandrecht an Schiffen hat wirthschaftlich eine ganz andersartige Bedeutung als das Pfandrecht an Grundstücken. Dasselbe ist nur geeignet, ebenso wie das Faustpfandrecht, vorübergehenden Kreditbedürfnissen zu dienen, nicht aber eine dauernde Belastung zu vermitteln. Als das zur Eintragung der Verpfändung eines Schiffes geeignetste öffentliche Buch erscheint das Schiffsregister. Dasselbe ist eine reichsgesetzliche Einrichtung[1]). Die Reichsgesetze stellen den Begriff der Kauffahrteischiffe fest und begrenzen damit die Pfandgegenstände, auf welche die besonderen Vorschriften des Entwurfes sich beziehen. Die Eintragung der Schiffe ist insofern obligatorisch, als das Recht, die Reichsflagge zu führen, von derselben abhängt. Das Schiffsregister steht der Einsicht eines jeden frei, ist also zur Kundbarmachung von Pfandrechten geeignet. Ueber die Eintragung des Schiffes in das Schiffsregister wird von der Registerbehörde eine mit dem Inhalte der Eintragung übereinstimmende Urkunde (Zertifikat) ausgefertigt.

Bei den hamb. Konferenzen sind Vorschläge, statt der Eintragung in das Schiffsregister die Eintragung in das Zertifikat zu wählen oder doch letztere Eintragung neben ersterer Eintragung zuzulassen, insbesondere deshalb abgelehnt, weil gerade der Rhederei, welche das Zertifikat des auf der Reise befindlichen Schiffes nicht habe, die Möglichkeit des Pfandkredites verschafft werden solle und ein Gebrauch des Zertifikates an Stelle eines dem Schiffer ertheilten

---

[1]) H. G. B. Art. 432 ff.; Bd. Ges., betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnisse zur Führung der Bundesflagge, v. 25. Oktober 1867; R. Ges., betr. die Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, v. 28. Juni 1873; Vorschriften über die Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe v. 13. November 1873.

Kreditbriefes unpraktisch sei und für den Handelsverkehr nicht passe[1]). Der Entwurf bleibt bei diesem Resultate stehen.

b) Eigenthum des Verpfänders.

2. Die Registrirung des Pfandrechtes im Schiffsregister soll nur die Tradition ersetzen. Alle übrigen rechtsgeschäftlichen Erfordernisse müssen daneben erfüllt sein, insbesondere das Erforderniß, daß der Verpfänder Eigenthümer des Schiffes ist. Ein Ersatz des letzteren Erfordernisses durch eine publica fides des Registers ist nicht zu bestimmen. Das Schiffsregister ist an sich kein Institut des Privatrechtes, welches den Zweck hat, das Eigenthum für die Privatrechtsverhältnisse festzustellen. Die Untersuchung und Feststellung der Eigenthumsfrage durch die Behörde erfolgt vielmehr zu dem publizistischen Zwecke, im internationalen Verkehre darüber Auskunft zu ertheilen, wer der Eigenthümer sei, weil nach der Nationalität des Eigenthümers die Nationalität des Schiffes, d. h. das Recht, unter der nationalen Flagge zu fahren, sich richtet. Eine Buchführung, welche eine privatrechtlich wirksame publica fides des Buches begründet, ist aber auch in Ansehung der Schiffe praktisch nicht möglich; denn dieselbe würde eine jede Disposition ohne Buchung ausschließen. Der Rheder muß aber im Stande sein, das Schiff in der Fremde ohne Registrirung zu verkaufen, und es muß die Möglichkeit bleiben, die Schiffe ohne Verzug zu veräußern und unter fremde Flagge zu bringen.

3. Neben dem registrirten Pfandrechte kann man nicht ein konkurrirendes konventionales Faustpfandrecht zulassen; denn aus einer solchen Zulassung würden sich Widersprüche und Unzuträglichkeiten ergeben. Der bona fide erwerbende Faustpfandgläubiger würde dem früher registrirten Pfandgläubiger vorgehen, auch wenn der Verpfänder dieselbe Person ist[2]).

c) Vertragserfordernisse.

4. Es bedarf Bestimmungen über das Zustandekommen des durch die Eintragung perfekt werdenden dinglichen Vertrages und über den Ersatz der Vertragserklärung des Verpfänders durch gerichtliches Urtheil. Diese Lücke wird durch das Allegat der Vorschriften über die auf Grundstücke sich beziehenden Veräußerungsverträge, von denen nur § 828 Abs. 1 und § 832 nicht passen, ausgefüllt.

Uebertragung des Pfandrechtes.

5. Ueber den Uebergang der Forderung mit dem Pfandrechte ist nichts bestimmt. Derselbe vollzieht sich mithin ohne Registrirung. Eine Prozedurvorschrift, daß der Zessionar notitiae causa einzutragen ist, erscheint nicht erforderlich, da bei der Zwangsversteigerung des Schiffes öffentliche Ladungen stattfinden werden, welche schon wegen des gesetzlichen Pfandrechtes der Schiffsgläubiger nicht entbehrt werden können.

§ 1197.

Anwendbarkeit der Vorschriften über das Faustpfandrecht

Es erscheint zweckmäßig und zum besseren Verständnisse des Verhältnisses zwischen den Vorschriften über das Faustpfandrecht und den Vorschriften über das Schiffspfandrecht erforderlich, wenn auf die hauptsächliche Besonderheit in der Gestaltung des Schiffspfandrechtes hingewiesen wird, welche die An-

[1]) Prot. der Seerechtskommission S. 1720 ff.

[2]) Vergl. Prot. der Seerechtskommission S. 1720.

wenddarkeit von faustpfandrechtlichen Vorschriften ausschließt, ohne daß die ausgeschlossenen Bestimmungen im Gesetze einzeln bezeichnet sind. Es ist dieses der Mangel des Inhabungsrechtes. Die weiteren Abweichungen ergeben sich aus den folgenden Paragraphen.

§ 1198.

Eintragung des Pfandrechtes: a) Voraussetzungen;

1. Die Vorschrift des ersten Absatzes, daß die Registerbehörde die Eintragung nur dann zu bewirken hat, wenn der Verpfänder als Eigenthümer des Schiffes eingetragen ist, ist zwar nur instruktioneller Natur; es erscheint indessen geboten, die nothwendigen Verfahrensvorschriften, für welche es sonst an einer Stelle fehlen würde, hier zu geben.

2. Auch die Vorschrift des zweiten Absatzes ist instruktioneller Natur. Es muß genügen, daß der Behörde die Erklärung des Verpfänders vorgelegt wird, ohne daß die Behörde gehalten ist, vor der Eintragung sich darüber zu vergewissern, ob die nothwendigen Vertragserklärungen von den Betheiligten abgegeben sind.

b) Inhalt.

3. Die Eintragung muß nach der Vorschrift des dritten Absatzes die Bezeichnung der Person des Gläubigers und der versicherten Forderung enthalten. Einen weiteren die Gültigkeit der Eintragung bedingenden Inhalt, z. B. Bezugnahme auf die Verpfändungserklärung und Angabe der Zeit der Eintragung, zu bestimmen, erscheint nicht gerechtfertigt, und ebensowenig erscheint es geboten, eine instruktionelle Vorschrift über den weiteren Inhalt der Eintragung im Gesetze zu geben.

§ 1199.

Inhabung.

In dem Mangel des Rechtes zur Inhabung liegt der wesentliche Unterschied zwischen Faustpfandrechte und Schiffspfandrechte, was den Inhalt dieser Rechte andelangt.

§ 1200.

Löschung des Pfandrechtes.

Die Aufhebung des Schiffspfandrechtes bestimmt sich nach den gewöhnlichen Regeln. Es ist nur nothwendig, das Recht des Eigenthümers auf Berichtigung des Registers und die Verpflichtung des Gläubigers zur nothwendigen Mitwirkung anzuerkennen. Die Kostenfrage wird durch die in § 1203 sich findende Bezugnahme auf § 843 entschieden.

§ 1201.

Erwerb in gutem Glauben.

Mit der Registrirung des Pfandrechtes ist die Annahme eines guten Glaubens, welcher zum Erlöschen des nicht gekannten Pfandrechtes zu Gunsten des Erwerbers des Schiffes, oder, wenn ein späteres Pfandrecht begründet wird, zum Zurückstehen des früheren Pfandrechtes gegenüber dem späteren Pfandrechte führt, nicht wohl vereinbar, diese Unvereindarkeit muß aber prinzipiell bestimmt werden.

In dem zweiten Absatze des § 1201 wird zunächst der nach Seerecht wirksame Abtretungsvertrag (Art. 439 des H. G. B.) der Tradition gleichgestellt, was die Wirkung des guten Glaubens in Beziehung auf das Erlöschen nicht registrirter, aber bestehender Pfandrechte anbelangt. Die Vorschrift rechtfertigt sich dadurch, daß der gutgläubige Erwerber hier, auch ohne Tradition, zu der Annahme berechtigt ist, das Schiff sei nicht mit Pfandrechten belastet. Ein ähnlicher Grund spricht für die weitere Vorschrift, welche zu Gunsten des Zessionars einer durch Schiffspfandrecht gesicherten Forderung lautet, insofern derselbe nach dem Register das Vorgehen eines bestehenden aber schon gelöschten Pfandrechtes nicht annehmen konnte.

§ 1202.

Form der Erklärungen und Nachweise.

Die Vorschrift des ersten Absatzes ist instruktioneller Natur. Die mangelnde Form der Erklärung hindert die Entstehung des Pfandrechtes nicht.

Nachweise anderer Thatsachen können in verschiedener Weise erforderlich sein, z. B. wenn der eingetragene Pfandgläubiger gestorben ist und die Löschungsbewilligung von seinen Erben ertheilt wird oder wenn eine Ueberweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung stattgefunden hat. Aus dem zweiten Absatze ergiebt sich auch, daß auf die Vorlegung eines gerichtlichen Urtheiles, welches die Erklärung ersetzt, eingetragen oder gelöscht werden kann.

§ 1203.

Berichtigung des Schiffsregisters.

Das dingliche Recht, welchem der Inhalt des Schiffsregisters widerspricht, muß den Anspruch erzeugen, daß der seinem Inhalte entsprechende Zustand auch in Ansehung des Schiffsregisters hergestellt und die hierzu erforderlichen Erklärungen abgegeben werden.

§ 1204.

Ausübung des Schiffspfandrechtes.

Schiffe sind zwar bewegliche Sachen, und die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ist durch die C. P. O. vollständig geregelt; bei dieser Regelung ist indessen in § 757 Abs. 2 der Bestimmung der Landesgesetze überlassen, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gerechnet werden sollen. Partikularrechtlich sind in der gedachten Beziehung vielfach Schiffe zum unbeweglichen Vermögen gerechnet worden, hierbei aber der Begriff des als Immobile zu behandelnden Schiffes verschieden bestimmt[1]).

---

[1]) Preuß. Ges. betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm. v. 13. Juli 1883 § 1 Abs. 1 Ziff. 4; Ges. für Mecklenburg-Schwerin, betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., v. 24. Mai 1879 § 93 und mecklenb. Einführungsges. zum H. G. B. v. 28. Dezember 1863 § 76; oldenb. Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm., v. 2. April 1879 Art. 88 ff.; hamb. Subhast. Ges. v. 14. Juli 1879 § 1 Ziff. 2; lübeck. Subhast. Ges. v. 16. Juli 1879 §§ 1, 40—48, 50.

Der Entwurf geht davon aus, daß in dem künftigen Reichsgesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Zwangsvollstreckung in Schiffe, welche in dem Schiffsregister eingetragen sind, den Normen über die Immobiliarexekution — mit den erforderlichen Modifikationen — unterworfen werden wird. Dem entspricht die Bestimmung, daß der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem verpfändeten Schiffe nur im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben kann.

§ 1205.

Pfandrecht an einer Schiffspart.

Bei der Verpfändung von Schiffsparten entsteht zunächst die Frage, ob die Schiffspart (vergl. Art. 456 ff. des H. G. B.) eine Eigenthumsquote am Schiffe oder ein Gesellschaftsantheil und damit ein Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten sei. Die in der Praxis und in der Gesetzgebung herrschende Auffassung behandelt die Verpfändung von Schiffsparten als Verpfändung von Eigenthumsquoten[1]).

Der Entwurf schließt sich der herrschenden Auffassung an. Dabei scheint es indessen erforderlich, zu bestimmen, daß die Vorschriften über das Schiffspfandrecht auf die Verpfändung einer Schiffspart entsprechende Anwendung finden, um hierdurch klarzustellen, daß der Entwurf die Schiffspart im Wesentlichen als Eigenthumsquote behandelt wissen will. Wollte der Entwurf die Schiffspart als Gesellschaftsantheil behandeln, so würde die Möglichkeit einer Verpfändung bezw. Nießbrauchbestellung sich auf die in § 644 Satz 2 bezeichneten Forderungen auf Gewinnantheile beschränken und bezüglich des Gesellschaftsantheiles im eigentlichen Sinne, insbesondere wegen der aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden Forderungsrechte, § 644 Satz 1, als ausgeschlossen erscheinen.

Was die Anwendbarkeit der faustpfandrechtlichen Vorschriften über das Quotenpfandrecht betrifft, so wird man zu prüfen haben, inwieweit diese Vorschriften mit dem Inhabungsrechte zusammenhängen und ihre Anwendung deshalb ausgeschlossen erscheint. Es wird zu untersuchen sein, ob der Inhabung die interimistische Ausübung der in dem Miteigenthume sich gründenden Rechte (§ 1184 Abs. 1) gleichzusetzen ist. Im Falle einer solchen Gleichsetzung kann man aufstellen, daß, weil die Vorschriften über das Schiffspfandrecht dem Eigenthümer die Inhabung belassen wollen, der Eigenthümer der Schiffspart den Zwischengenuß der Nutzungen des Pfandobjektes behalten muß, daß dem Pfandgläubiger kein Anspruch auf den Frachtverdienst des Schiffes zuzugestehen ist, daß der Eigenthümer deshalb auch in den inneren Angelegenheiten der Rhederei die mit der Schiffspart verbundene Stimme zu führen hat. Man kann weiter annehmen, daß der Eigenthümer der verpfändeten Schiffspart bei der Beschlußfassung über die Auflösung der Rhederei oder die Veräußerung

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 328; oldenb. Ges. v. 3. April 1876; Entsch. d. R. G. Bd. 14 S. 14; vergl. Prot. der Seerechtskommission S. 1733—1736. Das lüb. Ges. v. 20. Januar 1882 schließt die Eintragung der Verpfändung von Schiffsparten aus, die preuß., oldenb. und mecklenb. Gesetze enthalten keine solche Beschränkung.

des Schiffes mitzustimmen befugt ist, da er durch eine solche Stimmabgabe sein Interesse an den ihm gebührenden Nutzungen wahrnimmt. Erfahrungsgemäß besteht kein Bedürfniß, diese und ähnliche Fragen im Gesetzbuche ausdrücklich zu entscheiden; die Lösung derselben kann unbedenklich der Wissenschaft und der Praxis überlassen bleiben.

Vierter Titel.

Pfandrecht an Rechten.

Vorbemerkungen.

Erstreckung des Pfandrechtes auf Rechte.

Die Erstreckung des Pfandrechtes über Sachen hinaus auf Rechte, welche dem älteren röm. Rechte unbekannt war[1]), ist den modernen Gesetzgebungen geläufig. Vornehmlich kommen Pfandrechte an Forderungsrechten in Betracht.

Das H. G. B. giebt in gewissen Fällen ein gesetzliches Pfandrecht an Forderungen[2]). In der Konk. O. § 41 Nr. 8 sind die betreffenden Pfandgläubiger in Ansehung der abgesonderten Befriedigung aus den ihnen haftenden Forderungen den Faustpfandgläubigern gleichgestellt. Sonstigen Pfandrechten an Forderungen und anderen Vermögensrechten steht Wirksamkeit im Konkurse nur zu, wenn dieselben Faustpfandrechtsqualität im Sinne der Konkursordnung haben. Die Minimalerfordernisse der Faustpfandrechtsqualität sind in §§ 15, 16 des Einf. Ges. zur Konk. O. bestimmt. Die durch Pfändung von Forderungen nach der C. P. O. entstehenden Pfandrechte entsprechen diesen Minimalerfordernissen, und bei der Pfändung anderer Vermögensrechte ist in § 754 der C. P. O. Sorge getragen, daß jenen Erfordernissen genügt werde.

Wirksamkeit im Konkurse.

Abgesehen von den vorerwähnten handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechten ist dem Vorkommen von gesetzlichen oder konventionellen Pfandrechten, welche nur außerhalb des Konkurses wirken könnten, entgegengetreten durch die zu den Reichsjustizgesetzen ergangenen Landesausführungsgesetze, welche, wenn die Wirkung im Konkurse versagt ist, auch die Wirkung außerhalb des Konkurses entziehen[3]), soweit ein solches Entgegentreten durch die bestehenden pfandrechtlichen Vorschriften geboten war. Die Faustpfandrechtsqualität kann mithin fernerhin nicht eine besondere Auszeichnung gewisser Pfandrechte an Rechten sein. Das Pfandrecht muß, sobald es überhaupt anerkannt wird,

---

[1]) L. 7 Cod. de her. vel act. vend. 4, 39, l. 4 Cod. quae res pign. 8, 17

[2]) H. G. B. Art. 374 Abs. 1, 759, 761.

[3]) Landesausf. Ges. zur Konk. O. für Preußen § 7 Abs. 2, Hessen Art. 42 beide Mecklenburg § 3, Anhalt § 6 Abs. 2, Altenburg § 4 Abs. 2, Coburg-Gotha § 4 Abs. 2, Meiningen § 4 Abs. 2, Reuß ä. L. § 18 Abs. 3, Reuß j. L. § 5 Abs. 2, Schwarzburg-Rudolstadt § 22 Abs. 2, Schwarzburg-Sondershausen § 3 Abs. 2, Lippe § 7 Abs. 2, Schaumburg-Lippe § 95 Abs. 2, Waldeck Art. 3, Bremen § 45 unter b, Hamburg § 3.

sowohl im Konkurse als außerhalb des Konkurses wirksam sein. Hiernach sind die Voraussetzungen des Pfandrechtes an Rechten zu ordnen; es hat alsdann keinen Zweck mehr, den nicht recht passenden Ausdruck „Faustpfandrecht" in Beziehung auf verpfändete Rechte zu gebrauchen.

§ 1206.

Anwendbarkeit der Vorschriften über das Faustpfandrecht.

Die Vorschriften des § 1206 entsprechen den in § 1021 für den Nießbrauch an Rechten gegebenen Vorschriften. Die Vorschrift des ersten Absatzes findet auch hier ihre nöthige Begrenzung in der Vorschrift des folgenden Paragraphen, welche die Uebertragbarkeit eines Rechtes zur Voraussetzung der Verpfändbarkeit desselben macht.

Eine Beschränkung der Möglichkeit des Pfandrechtes an Rechten auf gewisse einzeln aufzuzählende Rechte enthält der Entwurf nicht. Ebensowenig werden gewisse Rechte ausgenommen. Die C. P. O. (§ 754) verfährt ebenso.

Der Entwurf setzt ein bestehendes Recht als Gegenstand des Pfandrechtes voraus. Ein Pfandrecht an einem erst zu begründenden Rechte des Inhaltes, daß der Gläubiger, statt die Sache zu verkaufen, dieselbe mit einem Rechte solle belasten können, um auf diesem Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen, würde auf der zu belastenden Sache ruhen und dem Gläubiger anomale Realisirungsbefugnisse verleihen, kraft deren der Gläubiger das Pfand nicht verkauft, sondern belastet. Die dingliche Vereinbarung eines derartigen Realisirungsmodus zuzulassen, liegt kein Bedürfniß vor.

Der Umstand, daß bei dem Pfandrechte an Rechten in vielen Fällen eine jede Inhabung und Verwahrung des Pfandes auf Seiten des Gläubigers fehlt, bringt eine gewisse Aehnlichkeit dieses Pfandrechtes mit der Hypothek hervor und macht eine Reihe von Bestimmungen über das Faustpfandrecht unanwendbar, schließt indessen nicht aus, daß im Allgemeinen die Bestimmungen über das Faustpfandrecht für entsprechend anwendbar auf das Pfandrecht an Rechten erklärt werden, vorbehaltlich der Beschränkung, welche sich von selbst aus jener Eigenthümlichkeit und den weiter bestimmten Besonderheiten für das Rechtspfandrecht ergeben.

§ 1207.

Voraussetzung der Verpfändbarkeit eines Rechtes.

Der § 1207 entspricht der gleichen Vorschrift in § 1022 für den Nießbrauch an Rechten. Die Vorschrift bezieht sich nur auf das konventionelle, nicht auf das gesetzliche und auf das Pfändungspfandrecht. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit aus dem Wesen des Pfandrechtes sich ergiebt, daß das demselben unterliegende Recht ein veräußerliches sein muß. Ergiebt sich die Nichtübertragbarkeit des Rechtes ohne jede weitere gesetzliche Bestimmung aus dem Inhalte des Rechtes, nach welchem das Recht nur höchstpersönliche Befugnisse giebt, so erscheint das Recht an sich unfähig, als Pfandobjekt zu dienen. Ist dagegen dem Rechte die Uebertragbarkeit durch positive Gesetzesvorschrift entzogen, so kommt es darauf an, wie weit diese Gesetzesvorschrift reicht. Nach der Vorschrift des § 1207 reicht eine solche Vorschrift so weit, daß sie auch die

Verpfändbarkeit ausschließt. Ob auch die Pfändbarkeit ausgeschlossen ist, beurtheilt sich nach § 312.

Ein Anlaß, die Verpfändbarkeit bei übertragbaren Rechten zu beschränken, ließe sich der Schwierigkeit entnehmen, bei einzelnen Rechten die Pfandbelastung hinreichend offensichtlich zu machen, weil das praktische Bedürfniß für die Verpfändung eine größere Offensichtlichkeit verlangt als für die Uebertragung, und die Uebertragungsformen deshalb nicht genügen. Wohl nur lediglich aus diesem Gesichtspunkte kommen in den modernen Gesetzgebungen Beschränkungen der Verpfändbarkeit übertragbarer Forderungen vor. Insbesondere wird die Forderungsverpfändung auf verbriefte Forderungen beschränkt[1]). Dann kommen noch die sonstigen formlos zessibelen Rechte in Betracht. Der Entwurf beseitigt die Bedenken gegen die Unersichtlichkeit der einfachen verpfändungshalber geschehenden Zession durch die Vorschriften der §§ 1211, 1212.

§ 1208.

Begründung. Erfordernisse.

1. Die Vorschrift des § 1208 über die Begründung des Pfandrechtes an Rechten entspricht der für den Nießbrauch an Rechten in § 1023 gegebenen Vorschrift und wird durch ähnliche Gründe gerechtfertigt; nur ist hier nicht ebenso wie bei dem Nießbrauche an Rechten die Vorschrift auch auf die Uebertragung des Pfandrechtes zu beziehen, da die akzessorische Natur des Pfandrechtes einen offen liegenden Unterschied herbeiführt. Der Entwurf löst die Frage der Erfordernisse für die Pfandrechtsbegründung in einfacher und prinzipieller Weise, während die modernen Gesetzgebungen nicht in gleicher Weise verfahren und ein buntes Gemisch von Spezialbestimmungen enthalten, deren Anführung ohne weiteres Interesse ist. Ihre nöthige Ergänzung findet die Vorschrift in den ferneren Bestimmungen, wonach in Ansehung von Rechten, bei denen die Uebertragungsweise für die Offensichtlichkeit des Pfandrechtsbestandes nicht genügen würde, besondere Formerfordernisse bestehen.

Rechtsverhältniß zu Dritten

2. Die Wirkung der Begründung des Pfandrechtes auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dritten vermöge jenes Rechtes zu einer Leistung Verpflichteten wird in analoger Weise wie beim Nießbrauche (§ 1023) bestimmt. Die Analogie wird nicht zu beanstanden sein. Die betreffende Vorschrift gilt sowohl für das konventionelle als für das legale und für das Pfändungspfandrecht.

Uebergang auch des eingetragenen Pfandrechtes mit der Forderung.

3. Bei dem Pfandrechte an einem eingetragenen Rechte, Hypothek, Grundschuld, Reallast, Nießbrauch, ergiebt das Grundbuch eine bestimmte Person als dinglich Berechtigten und wird allerdings in dieser seiner Angabe unrichtig, wenn das Pfandrecht der außerhalb des Buches nach den Zessionsgrundsätzen übertragenen Forderung einfach folgt. Bei dem Faustpfandrechte kann im Falle der Uebertragung der gesicherten Forderung ein ähnlicher Erfolg insofern

---

[1]) Code civil Art. 2075, 2076, sächs. G. B. § 502; Pfandges. für Hannover § 50, Hessen Art. 171, Oldenburg Art. 26, Reuß ä. L. Ges. v. 3. Januar 1874; brem. Handf. O. § 123d Ziff. 2; württemb. Pfandges. Art. 246, 248; vergl. Pfandentwickelungsges. Art. 40.

eintreten, als Inhabung und Pfandrecht auseinanderfallen. In den Bemerkungen zu § 1186 ist klargelegt, weshalb der Entwurf es einfach bei der aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes sich ergebenden Folge beläßt und zum Mitübergange des Pfandrechtes nicht die Tradition des Pfandes fordert. Aus ähnlichen Gründen beläßt der Entwurf bei dem ein gebuchtes Recht belastenden Pfandrechte es auch bei den gewöhnlichen Wirkungen der akzessorischen Natur desselben. Besondere Unzuträglichkeiten ergeben sich nicht. Der bei einem gebuchten Rechte als Pfandgläubiger Eingetragene ist für den Eigenthümer der buchmäßig Berechtigte, gegenüber welchem nach § 838 alle vorkommenden Rechtsgeschäfte ohne Gefahr vorgenommen werden können, so lange dem Eigenthümer nicht Kenntniß von einer Rechtsübertragung und eine solche Gewißheit über die Person des neuen Pfandgläubigers verschafft ist, welche ihn bei der Einlassung mit demselben vor einer jeden Gefährdung schützt. Wenn eine Gefährdung besteht, so liegt dieselbe höchstens auf Seiten desjenigen, welchem die gesicherte Forderung übertragen wird, ohne daß derselbe gleichzeitig die Eintragung in das Grundbuch erlangt hat. Eine Eintragung der letzteren Art ist zwar zur Erwerbung des Gläubigerrechtes nebst dem Pfandrechte nicht erforderlich und kann nur gegen die Wirkungen der publica fides des Grundbuches schützen, in dem letzteren Umstande liegt indessen ein genügender Grund, in der Grundbuchordnung die Eintragungsfähigkeit der neuen Gläubigerschaft, welcher das Pfandrecht an dem gebuchten Rechte folgt, zu bestimmen. Dazu kommt, daß der Verpflichtete, gegen welchen das verpfändete gebuchte Recht geltend gemacht wird, hauptsächlich dadurch gedeckt ist, daß er nur gegen Aushändigung der zur Löschung oder Umschreibung des gebuchten Rechtes erforderlichen Urkunden seine Verpflichtung zu erfüllen hat.

Begründung durch die Erben des eingetragenen Berechtigten.

4. Die Begründung des Pfandrechtes an einem gebuchten Rechte wird durch das Allegat des letzteren Satzes für die noch nicht eingetragenen Erben des eingetragenen Berechtigten in gleicher Weise erleichtert, wie für die Erben des eingetragenen Eigenthümers die Auflassung (§ 869) und für die Erben des eingetragenen Hypothekengläubigers die Abtretung der durch die Hypothek gesicherten Forderung (§ 1087).

§ 1209.

Erwerb in gutem Glauben.

Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über das Faustpfandrecht auf das Pfandrecht an Rechten führt zu Zweifeln, denen der Entwurf entgegentreten will. Ein Theil dieser Vorschriften ist nur auf den Fall berechnet und auf die Voraussetzung gebaut, daß eine bewegliche Sache Gegenstand des Pfandrechtes ist. Nur bei Sachen giebt es eine Inhabung im eigentlichen Sinne. Die Vorschriften über das Traditionserforderniß werden mithin auf das Pfandrecht an Rechten nicht passen, ebensowenig die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, da bei ihnen die Inhabung des Veräußernden die vornehmliche Grundlage für den zu schützenden guten Glauben bildet.

Die Vorschrift des § 1209 will diejenigen Vorschriften von der Anwendung ausschließen, welche bei dem Sachpfande den Pfandgläubiger mehr Recht erwerben lassen, als der Verpfänder an sich zu übertragen im Stande

ist. Einerseits fehlt die Inhabung des Veräußerers, welche die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens bildet. Andererseits ist klar, daß derjenige, welcher ein Pfandrecht am Rechte erwirbt, nicht günstiger gestellt sein kann, als derjenige, welchem das Recht überhaupt übertragen wird. Ein Schutz der bona fides des Erwerbers kann nur insoweit stattfinden, als aus den nach § 1208 zur Anwendung gelangenden Vorschriften, welche die Uebertragung des verpfändeten Rechtes, z. B. wenn dasselbe eingetragen ist, betreffen, sich ergiebt.

§ 1210.

Ausschließung des constitutum possessorium.

Die Vorschrift des § 1210 trifft die Fälle, wenn der Pfandgegenstand nicht eine Sache, sondern ein Recht ist, aber zur Veräußerung und somit auch zur Verpfändung dieses Rechtes die Tradition einer Sache — des Nießbrauchsgegenstandes, des Hypothekenbriefes oder des Grundschuldbriefes ꝛc. — erforderlich ist. Hier könnten Zweifel entstehen, ob auf diese Tradition die Besonderheit, welche für die Tradition zur Begründung des Pfandrechtes an einer beweglichen Sache bestimmt ist, nämlich der Ausschluß des constitutum possessorium, Anwendung zu finden hat. Für eine solche Anwendung spricht der gleiche Grund der Kundbarmachung des Pfandrechtes und erscheint deshalb die Aufnahme einer jeden Zweifel beseitigenden Vorschrift erforderlich.

§ 1211.

Erfordernisse a) der Verpfändung von Forderungen;

In Ansehung der Bestimmung der Erfordernisse für die Verpfändung von Forderungen besteht die bunteste Verschiedenheit in den modernen Gesetzgebungen. Bekanntmachung an den Drittschuldner, schriftliche Verpfändung, Uebergabe der Verpfändungsurkunde und Uebergabe der Schuldurkunde kommen als Erfordernisse einzeln und in verschiedenen Zusammensetzungen vor[1]).

Eine Steigerung der Erfordernisse der Forderungsverpfändung gegenüber den Erfordernissen der Forderungsübertragung behufs der besseren Kundmachung des Pfandrechtsbestandes ist nur erforderlich in Ansehung derjenigen Forderungen, welche durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden. Auf die durch Hypothek gesicherten oder in indossabelen Papieren oder Inhaberpapieren verbrieften Forderungen braucht hier keine Rücksicht genommen zu werden. Ebensowenig ist auf den Umstand besondere Rücksicht zu nehmen, daß für eine Forderung ein Faustpfandrecht bestellt ist, und für diesen Fall etwa die im Falle der Abtretung der Forderung mit dem Pfandrechte nicht nöthige Pfandübergabe zu verlangen[2]).

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 281, 288 und Verordn. v. 9. Dezember 1809 § 1; Pfandgef. für Braunschweig §§ 11, 13; Pfandgef. für Schwarzburg-Rudolstadt § 1; hamb. Ausf. Ges. zur Konk. O. § 3 Ziff. 4; sächs. G. B. § 502; hess. Pfandgef. §§ 92, 171; Reuß ä. L. Ges. v. 3. Januar 1874; brem. Handk. O. § 123 d 2; waldeck. Ausf. Ges. zur Konk. O. Art. 3 Abs. 3; Pfandgef. für Hannover §§ 43, 50; Oldenburg Art. 26; Württemberg Art. 246, 248; code civil Art. 2075, 2076.

[2]) Hamb. Ausf. Ges. zur Konk. O. § 3 Ziff. 1; weimar. Pfandgef. §§ 80, 84 waldeck. Ausf. Ges. zur Konk. O. Art 3 Abs 2

Benachrichtigung des Schuldners;

Der Entwurf verlangt als Mehrerforderniß die in allen Fällen ausführbare Benachrichtigung des Schuldners. Die Wirkung einer gewissen Kundbarmachung ist einer solchen Benachrichtigung nicht abzusprechen. In Folge des Erfordernisses der Benachrichtigung müssen die Forderungen einzeln kenntlich gemacht werden; dadurch wird den Gefahren vorgebeugt, welche aus einer generellen, eine Mehrheit von Forderunger in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung sich ergeben würden. Endlich ist die Uebereinstimmung mit dem Prozeßrechte und dem Konkursrechte von nicht geringem Gewichte.

Uebergabe der Schuldurkunde;

Die Uebergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde, falls eine solche vorhanden ist, zum weiteren Erfordernisse der Pfandbestellung zu machen, empfiehlt sich nicht. Eine solche Vorschrift würde mit praktischen Uebelständen verknüpft sein, da der Pfandgläubiger oft getäuscht werden kann, ob eine Urkunde über die Schuld vorhanden ist, es auch nicht selten zweifelhaft sein wird, was unter den Begriff der über die Forderung ausgestellten Urkunde fällt, ob z. B. auch Briefe darunter fallen.

Die Anzeige an den Schuldner ist eine einseitige Willenserklärung des Verpfänders, und zwar eine Willenserklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird und zu deren Entgegennahme der Empfänger der Willenserklärung verpflichtet ist. Die Frage, wann dem Erfordernisse der Benachrichtigung genügt ist, wird sich nach den §§ 74—76 beurtheilen. Erst mit der Erfüllung des Erfordernisses tritt die beabsichtigte Rechtswirkung ein. Eine vorhergehende dingliche Bindung, welche mit dem Vertragsschlusse eintritt, wird nicht vorgeschrieben und kann auch nicht durch die Privatautonomie der Vertragschließenden bestimmt werden.

§ 1212.

b)d. Verpfändung abtretbarer Rechte.

Für die Verpfändung der durch einfachen Abtretungsvertrag zu übertragenden Rechte, welche nicht Forderungen sind, insbesondere also der Urheberrechte, erscheint eine Steigerung der Vertragserfordernisse und Bestimmung einer Form zum Zwecke der Kundbarmachung des Pfandrechtes insbesondere für den Konkursfall (Sicherung der Gläubigerschaft gegen heimliche und fingirte Pfandrechte) erforderlich. Der Entwurf bestimmt die gerichtliche oder notarielle Form, und zwar für den Vertrag und nicht blos für die Verpfändungserklärung. Zu beachten bleibt der Unterschied zwischen dieser Form und der gesteigerten Form der Vertragserrichtung vor Gericht oder Notar (vergl. § 1616 Abs. 1, § 1943 Abs. 1).

Gerichts- rc. Vertrag.

§ 1213.

Beschränkung der Verfügungsbefugniß des Berechtigten.

1. Die Vorschrift des § 1213 entspricht der analogen Vorschrift in § 1024 für den Nießbrauch an Rechten. Die Analogie ist eine vollkommene. Die rechtliche Verfügungsmacht des Berechtigten wird durch das Erforderniß der Einwilligung des Pfandgläubigers unterbunden, dort mit Rücksicht auf die Nichtbeeinträchtigung der Realisirung des Nießbrauches, hier mit Rücksicht

auf die Nichtbeeinträchtigung der Realisirung des Pfandrechtes. Die Verschiedenheit dieser Zwecke ist für die Bestimmung der erforderlichen Beschränkung des Berechtigten ohne Einfluß. Es kommt an auf die Erhaltung des beschwerten Rechtes zu Gunsten desjenigen, zu dessen Gunsten das Recht beschwert ist.

Selbstverständlich ist, daß die Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger dritter Erwerber, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, in ihrer Anwendung unberührt bleiben, da der partielle Rechtsmangel, welcher bei dem Fehlen der erforderlichen Einwilligung vorliegt, außer Betracht bleiben muß, wo der gänzliche Rechtsmangel außer Betracht bleiben würde. Daß jene Vorschriften Anwendung finden, ist zu §§ 107, 135, 192 bestimmt, weil dort von Verfügungen die Rede ist, welche von einem Berechtigten vorgenommen werden, dessen Recht nicht durch das Recht einer anderen Person gemindert ist oder überall nicht besteht, sondern welcher an sich berechtigt, nur in der Verfügung beschränkt ist, und weil die Gleichbehandlung dieser wesentlich verschiedenen Fälle hat ausgedrückt werden müssen.

Ausübung des verpfändeten Rechtes

2. Die Befugniß zur Ausübung des dem Pfandrechte unterliegenden Rechtes ist in der Regel nicht im Pfandrechte enthalten, sondern nur das Recht, aus dem Pfande sich zu befriedigen.

Dem Wesen und Zwecke des Pfandrechtes, dem Gläubiger bei ausbleibender Zahlung Befriedigung zu verschaffen, entspricht es, daß, solange die Zahlung zu erwarten steht, der Gläubiger nicht schon vermöge seines nur eventuellen Rechtes denjenigen, welchem die dem Pfandrechte unterliegenden Vermögensgegenstände gehören, aus der Ausübung seiner Rechte verdränge. Eine solche Verdrängung ist nur insoweit nothwendig, als die Konservirung des dem Pfandrechte unterliegenden Vermögensgegenstandes erfordert. Bei dem Faustpfandrechte kommt man auf diesem Wege allerdings zu dem regelmäßigen Rechte des Gläubigers, die Inhabungs- oder Mitinhabungsrechte des Eigenthümers einstweilen auszuüben, wenn nicht für einen anderen Sicherungsmodus Sorge getragen ist, und zu dem Begründungserfordernisse der Tradition. Bei Grundstücken und bei Rechten liegt die Sache aber anders als bei beweglichen Sachen. Die Fortdauer des dem Pfandrechte unterliegenden Rechtes bis zu dem Zeitpunkte der Realisirung des Rechtes ist gesichert, weil zu der Verfügung über das Recht die Einwilligung des Pfandgläubigers erforderlich ist. Ein Detentionsrecht tritt nur in den Fällen ein, in denen die Vorschriften, welche die Uebertragung des Rechtes betreffen und deshalb auch für die Verpfändung desselben gelten, die Tradition einer Sache als rechtsgeschäftliches Erforderniß aufstellen.

§ 1214.

Nutzungspfandrecht an fruchttragenden Rechten.

1. Aus der analogen Anwendung des § 1154 Abs. 4 würde sich ergeben, daß, sobald das Recht ein fruchttragendes ist, d. h. sobald das Recht Erträge liefert und nicht blos Gebrauchsvortheile gewährt, die Erweiterung des Inhaltes des Pfandrechtes auf die Beziehung der Erträge des verpfändeten Rechtes als vereinbart anzunehmen ist. Eine solche Willensauslegung entspricht bei

dem Pfandrechte an Rechten nicht dem gewöhnlichen Parteiwillen, in der Regel ist vielmehr, zumal im Hinblicke auf das Wesen und den Zweck des Pfandrechtes im engeren Sinne, anzunehmen, daß der Berechtigte nicht schon durch die Begründung des Pfandrechtes aus dem Genusse seines Rechtes sich hat setzen lassen wollen. Der Entwurf schließt die Analogie des § 1154 Abs. 4 aus, indem er die in Rede stehende Erweiterung des Pfandrechtes nur im Falle besonderer Vereinbarung der Betheiligten eintreten läßt (§ 1214 Abs. 1).

Vereinbarung.

2. Die rechtsgeschäftliche Erweiterung des dinglichen Inhaltes des Pfandrechtes dahin, daß der Gläubiger vermöge seines Pfandrechtes befugt sein soll, die Nutzungen des Rechtes zu ziehen, muß man hier ebenso frei lassen, wie bei dem Faustpfandrechte. Die dem Gläubiger aus einer solchen Erstreckung erwachsenden Rechte und Pflichten, Bezugsrecht im eigenen Namen aber für fremde Rechnung und Verpflichtung zur Rechnungslegung, sind auch hier nach den Vorschriften in § 1154 Abs. 2, 3 zu beurtheilen. Diese Vorschriften bedürfen aber einer Ergänzung durch Allegirung der §§ 1026, 1027, weil in denselben Fragen entschieden werden, welche nur bei dem erweiterten Pfandrechte an einem Rechte, nicht aber bei dem erweiterten Faustpfandrechte sich erheben und für den Fall des Nießbrauches an Rechten in einer auch hier passenden Weise beantwortet sind.

Vermuthung beim Nießbrauche.

3. Wird bei dem Pfandrechte an einem Nießbrauche dem Pfandgläubiger als solchem die Inhabung der dem Nießbrauche unterworfenen Sache eingeräumt, so ist dieser ausschließlich in der Lage, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Dieser Umstand rechtfertigt die in dem dritten Absatze des § 1214 aufgestellte Vermuthung, daß die Absicht der Betheiligten dahin geht, dem Pfandgläubiger die Ausübung des dem Verpfänder zustehenden Nutzungsrechtes einzuräumen. Uebrigens ist zu bemerken, daß das Platzgreifen der aufgestellten Vermuthung nicht genügt, insoweit im Uebrigen rechtsgeschäftliche Erfordernisse für die Erweiterung des dinglichen Inhaltes des Pfandrechtes, insbesondere das Erforderniß der Eintragung in das Grundbuch bei dem Nießbrauche an Grundstücken, nicht erfüllt sind. Weiter zu gehen und die gesetzliche Vermuthung auch auf andere Fälle zu erstrecken, wo dem Pfandgläubiger die Inhabung einer Sache, an welcher das verpfändete Recht auszuüben ist, eingeräumt worden, liegt bei der Seltenheit der Fälle ein Bedürfniß nicht vor. Der Richter wird in solchen Fällen auch ohne gesetzliche Auslegungsregel das Richtige leicht erkennen.

§ 1215.

Ausübung des Pfandrechtes im Wege der Zwangsvollstreckung.

Wenn über die Art und Weise, wie der Pfandgläubiger aus dem mit seinem Pfandrechte belasteten Rechte sich befriedigen kann, nichts bestimmt würde, so würden sich Zweifel ergeben, ob die Vorschriften über den Privatverkauf des Pfandes mit der Eigenschaft des Pfandes als einer beweglichen Sache und mit dem Inhabungsrechte des Faustpfandgläubigers zusammenhängen und für das in gewissem Sinne mehr hypothekenartige Pfandrecht an Rechten passen. Denkbar bleibt ein Privatverkauf durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers oder durch eine der sonstigen in § 1171 bezeichneten Personen,

aber es liegt auf der Hand, daß Vermögensrechte wegen der Unsicherheit ihrer Werthschätzung nicht ebenso gut geeignet sind, durch öffentliche Feilbietung verwerthet zu werden wie bewegliche Sachen. Auf die Erzielung eines angemessenen Preises könnte in den allerwenigsten Fällen gerechnet werden; der Berechtigte liefe in der Regel Gefahr, das verpfändete Recht in unwirthschaftlicher Weise verschleudert zu sehen. Aus diesem Grunde ist in den Bestimmungen der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung der Verkauf des gepfändeten Rechtes überall nur als ein Nothbehelf hingestellt, der einer besonderen Anordnung durch das Vollstreckungsgericht bedarf und ganz dem Ermessen desselben unterliegt. Der Entwurf stellt wegen der mit dem Rechte des Privatverkaufes verknüpften Bedenken die Regel auf, daß der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem dem Pfandrechte unterliegenden Rechte nur im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen kann. Neben dieses Recht stellen sich die in den §§ 1217—1222 dem Gläubiger beigelegten Einziehungsbefugnisse in Ansehung der seinem Pfandrechte unterliegenden Forderungsrechte.

Privatverkauf.

Eine abweichende Vereinbarung der Betheiligten über den Realisirungsmodus ist zwar zulässig, jedoch haben die Vorschriften der §§ 1167, 1177, welche den Verfallvertrag und eine vor dem Eintritte des Verkaufsrechtes abgeschlossene Vereinbarung über den Ausschluß des gesetzlichen Versteigerungsverfahrens für nichtig erklären, auch im Falle des Rechtspfandes entsprechende Anwendung zu finden.

Der aus der Anwendung des § 1214 in Verbindung mit § 1154 Abs. 2, 3 sich ergebende Realisirungsmodus bleibt unberührt.

§ 1216.

Aufhebung des Pfandrechtes durch Rückgabe.

1. Entspricht dem Inhalte des Pfandrechtes an einem Rechte ein Zustand der Inhabung oder des Besitzes, so ist zur Begründung des Rechtspfandrechtes auch stets ein entsprechender Traditionsakt erforderlich. Dergleichen kommt vor bei dem Pfandrechte an Briefhypotheken, Wechseln u. dergl. und bei dem Pfandrechte an dem Nießbrauche, dessen Gegenstand eine bewegliche Sache ist. Es entspricht der Analogie, den Fortbestand des Pfandrechtes an den Fortbestand des dem Inhalte desselben entsprechenden Besitzzustandes oder Inhabungszustandes in gleicher Weise zu binden, wie bei dem Faustpfandrechte. Auf diese Weise wird auch die erforderliche Harmonie mit der Konkursgesetzgebung (vergl. § 15 Nr. 2 des Einf. Ges. zur Konk. O.) herbeigeführt.

Sonstige Aufhebung durch Rechtsgeschäft.

2. Im Uebrigen enthält der Entwurf besondere Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechtes an Rechten nicht. Folglich kommen nach § 1206 Abs. 2 die Vorschriften des § 1189 zur entsprechenden Anwendung. Bei Pfandrechten an gebuchten Rechten wird mithin Löschung nicht erforderlich sein, so daß das Grundbuch in Folge eines Verzichtes des Pfandgläubigers unrichtig werden kann. Hieraus ist indessen ein besonderes Bedenken ebensowenig zu entnehmen, wie aus dem im Falle des Erlöschens oder der Uebertragung der gesicherten Forderung möglichen Unrichtigwerden des Grundbuches.

Digitized by Google

Pfandrecht an einer Forderung.

§§ 1217—1222.

A. Rechtliche Natur.

1. Bei den Vorschriften über das Forderungspfandrecht geht der Entwurf davon aus, daß die Gläubigerschaft bei dem Pfandschuldner — d. h. demjenigen, dessen Forderung dem Pfandrechte unterliegt — verbleibt, dagegen die Verfügungsbefugniß des Pfandschuldners über die Forderung beschränkt wird. Die Auffassung des Forderungspfandrechtes als auf einer Abtretung. bedingten und beschränkten Zession beruhend, auf welche die Vorschriften mehrerer moderner Gesetzgebungen gedeutet werden können[1]), wird abgelehnt. Das Recht der Verfügung, soweit ein solches dem Pfandgläubiger beigelegt wird, bleibt auch hier ein Recht der Verfügung über einen fremden Vermögensgegenstand. Mit der Befugniß zur Selbstrealisirung konkurrirt die Befugniß, den Weg der Zwangsvollstreckung behufs der Befriedigung aus dem Pfande einzuschlagen.

B. Rechtsverhältniß 1. vor Eintritt der Realisirungsbefugniß;

2. Vor dem Eintritte der Befugniß zur Selbstrealisirung des Pfandes, für welchen dieselben Voraussetzungen wie bei dem Faustpfande gelten müssen, liegt ein Zwischenstadium einer Art von Sequestration der Forderung, welches der Entwurf spezieller regeln zu sollen glaubt, als in den neueren Gesetzgebungen geschieht. Auf dieses Stadium beziehen sich die Vorschriften des § 1217.

a) vor Fälligkeit,

a) Das Realisirungsrecht ist noch nicht eingetreten und die verpfändete Forderung ist noch nicht fällig. In diesem Stadium ist eine Ausübung des Gläubigerrechtes durch Kündigung denkbar. Die Beurtheilung der gegenseitigen Befugnisse muß hier im Allgemeinen dieselbe sein wie bei dem Nießbrauche an einer Forderung, deren Nichtfälligkeit bei dem Nießbrauche ein ähnlich gestaltetes Verhältniß schafft, während dessen dafür gesorgt werden muß, daß kein Theil die Rechte des anderen Theiles im Voraus beeinträchtigen könne. Die Gründe für die Vorschriften des Entwurfes in § 1033, welche sich auf den Nießbrauch an Forderungen beziehen, passen auch hier, und nur die Abweichungen werden besonders zu begründen sein. Eine solche Abweichung liegt in Folgendem:

Dem Pfandschuldner bleibt nach § 1217 Abs. 2 Satz 1 das Recht der selbständigen Entscheidung über eine etwaige Kündigung der dem Pfandrechte unterliegenden Forderung. Wenn es auch bei der Regel der gemeinschaftlichen Kündigung verbleibt, so soll doch der Pfandgläubiger zu der erforderlichen Mitwirkung verpflichtet sein. Der Unterschied zwischen Pfandrecht und Nießbrauch liegt darin, daß bei dem Pfandrechte der Pfandschuldner allein die Gefahr trägt, wenn durch Unterlassen der Kündigung und weitere Kreditgewährung die schließliche Realisirung der Forderung beeinträchtigt wird. Ein Interesse des Pfandgläubigers an dem Fortbestande der Forderung besteht nicht, wobei selbstverständlich der Fall des Nutzungspfandrechtes an einer zinstragenden Forderung nach § 1214 seine besondere Beurtheilung erfährt. Der Nießbraucher dagegen

---

[1]) Sächs. G. B. § 503, Pfandges. für Hannover § 50, Weimar § 4, Hessen Art. 171, Oldenburg Art. 27, Schwarzburg-Rudolstadt § 1.

trägt, zum Theil wenigstens, die Gefahr der Nichteinziehbarkeit der Forderung und hat wegen seines Rechtes auf die Zinsen ein Interesse an dem Fortbestande der Forderung.

b) nach Fälligkeit der Forderung.

b) Die Realisirungsbefugniß des Pfandgläubigers ist noch nicht eingetreten, aber die Forderung ist vorher schon fällig geworden. Die Verleihung des sofortigen Einziehungsrechtes an den Pfandgläubiger entspricht nicht dem gewöhnlichen Willen der Betheiligten, wird durch den Pfandzweck nicht erfordert und beschwert den Pfandschuldner. In Ansehung der Bestimmung der beiderseitigen Rechte paßt die Analogie der Vorschriften über den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung in § 1033 auch hier. In beiden Fällen will das Gesetz, freilich aus verschiedenen Gründen (bei dem Nießbrauche, weil die Kapitalanlegung in einer Forderung aufrecht erhalten werden soll, § 1034), die bisherige Art der Sequestration, welche in Ansehung der noch ausstehenden Forderung bestand, auch bei und nach Einziehung der Forderung aufrecht erhalten und das gegenseitige Rechtsverhältniß möglichst wenig verändern, da die Parteiabsicht dahin anzunehmen ist, daß der begrenzt Berechtigte im Falle der mit Einziehung der Forderung eintretenden Surrogirung des Leistungsgegenstandes nicht eine Rechtserweiterung in demselben Maße gewinnen solle, wie wenn sein Recht an dem Leistungsgegenstande von Anfang an begründet wäre. Deshalb ist auch dem Pfandgläubiger, wenn bewegliche Sachen geleistet werden, nicht das bei dem Faustpfande regelmäßig eintretende Inhabungsrecht beizulegen. Geschähe dieses, so müßte man so weit gehen, dem Pfandgläubiger in einem solchen Falle das selbständige Einziehungsrecht beizulegen.

Nur in einem Punkte bedürfen die Vorschriften des § 1033 hier der Ergänzung. In dem betreffenden Nießbrauchsfalle ist stets Geld Gegenstand der Leistung. Dieses trifft hier nicht zu. Es ist deshalb ein Ersatz der Deposition zu bestimmen, wenn der Leistungsgegenstand zur öffentlichen Hinterlegung sich nicht eignet. Dieser Ersatz ist in ähnlicher Weise bestimmt, wie in § 1156 Abs. 2 (§ 1217 Abs. 5 Satz 2).

2. nach Eintritt der Realisirungsbefugniß.

3. Der § 1218 bestimmt die Befugnisse des Forderungspfandgläubigers, welche demselben zustehen, wenn der in § 1165 Abs. 2 bestimmte Zeitpunkt der Realisirung seines Pfandrechtes gekommen und die Forderung fällig ist.

a) Einziehungsrecht.

a) Der Entwurf giebt dem Pfandgläubiger wahlweise neben der in § 1215 bestimmten Befugniß, sich im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, das Einziehungsrecht. Eine Befugniß zum Privatverkaufe muß nach den Bemerkungen zu § 1215 ausgeschlossen bleiben. Die Einziehungsbefugniß des Pfandgläubigers entspricht der Mehrheit der Gesetzgebungen[1]). Nach preuß. Rechte ist diese Einziehungsbefugniß zweifelhaft; sie besteht nicht nach franz. und württemb. Rechte[2]). Die Versagung des selbständigen Einziehungsrechtes nach Eintritt der Voraussetzungen für die Pfandrealisirung ist

[1]) Außer den vorzitirten: braunschw. Pfandgef. § 15 in Verb. mit § 10 Abs. 2; anhalt. Pfandgef. § 31.

[2]) Code civil Art. 2075, 2078; württemb. Pfandgef. Art. 254 ff., 256; vergl. auch österr. G. B. § 461.

mit dem praktischen Bedürfnisse nicht vereinbar. Man kann sich auch nicht auf die C. P. O. (§ 736) berufen, welche das Einziehungsrecht nicht mit der Pfändung, sondern erst im Falle einer weiteren gerichtlichen Ueberweisung entstehen läßt; denn einerseits hat die Prozeßordnung das Wahlrecht des Exekutionsuchenden zwischen Ueberweisung zur Einziehung und Ueberweisung an Zahlungsstatt wahren müssen und andererseits ist das Erforderniß der Ueberweisung in der Vollstreckungsinstanz leicht zu erfüllen und kann sogar mit dem Pfändungsbeschlusse verbunden werden, so daß es die Rechtsverfolgung des Gläubigers nicht erheblich verzögert. Aus diesem Grunde ist auch darin kein Uebelstand zu finden, daß das Einziehungsrecht des Pfändungspfandgläubigers gegenüber dem Einziehungsrechte eines Konventionalpfandgläubigers an eine weitere Voraussetzung gebunden bleibt. Zu dem Ziele, das selbständige Einziehungsrecht ganz zu beseitigen, gelangt man übrigens eben wegen der möglich bleibenden Ueberweisung zur Einziehung im Wege der Zwangsvollstreckung doch nicht. Es sind deshalb dem Pfandgläubiger die unnöthigen Umwege zu ersparen und ist die Entstehung des Einziehungsrechtes für den Fall zu bestimmen, daß die Voraussetzungen des § 1165 Abs. 2 vorliegen, die versicherte Forderung also fällig und, falls sie ursprünglich nicht auf Geld ging, in eine Geldforderung übergegangen ist. Eine besondere Belästigung des Schuldners, welcher das Vorliegen dieser Voraussetzungen prüfen muß, ergiebt sich nicht; denn die Erfüllung der Voraussetzung muß dem Schuldner in derselben Weise nachgewiesen werden, wie die Begründung des Pfandrechtes überhaupt, und derselbe befindet sich in keiner anderen und schwierigeren Lage als in dem Falle einer bedingten Zession.

b) Kündigungsrecht.

b) Wird das Einziehungsrecht gegeben, so muß auch das die Einziehung vorbereitende selbständige Kündigungsrecht gegeben werden. Hieraus folgt, daß, wenn der Drittschuldner kündigt, die Kündigung an den Pfandgläubiger nothwendig ist, aber auch genügt.

c) Sonstige Verfügung.

c) Wie in § 1028 Satz 2 wird auch hier einer zu weiten Auffassung des Einziehungsrechtes dadurch entgegenzutreten sein, daß dem Pfandgläubiger die Befugniß, in anderer Weise über die Forderung zu verfügen, ausdrücklich abgesprochen wird.

d) Prozeßführung.

d) Die Erzielung eines alle Theile bindenden Urtheiles zu ermöglichen, wäre wünschenswerth. Ein wirksames Mittel hierzu würde das Institut der Beiladung bieten, dessen Einführung indessen lediglich bei einer Revision der Prozeßordnung in Betracht gezogen werden könnte. Eine Vorschrift, welche dem § 740 der C. P. O. nachgebildet wäre und den Gläubiger zur Streitverkündung an den Pfandschuldner verpflichtete, würde zur Abschneidung der Möglichkeit einer Vervielfachung der Prozesse nicht helfen. Die Unterlassung der Streitverkündung könnte nur zu einer obligatorischen Verantwortlichkeit des Verkündigungspflichtigen gegenüber dem Verkündigungsberechtigten führen und die Bewirkung der Streitverkündung nur zur Entlastung von einer Verantwortlichkeit wegen schlechter Prozeßführung dienen.

e) Beschränkung bei Geldforderungen.

e) Die in dem zweiten Absatze des § 1218 bestimmte Beschränkung des Pfandgläubigers, welche nach der gewöhnlichen Auslegung der l. 4 Cod. quae res pignori 8, 17 schon dem röm. Rechte bekannt war und nach welcher der

Gläubiger bei einer Geldforderung nicht mehr einziehen darf, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, entspricht dem Zwecke des Pfandrechtes.

f) Konkurrenz mehrerer Pfandrechte.

f) Aus den Bestimmungen des § 1166 über den Pfandverkauf könnte unter Vergleichung der Einziehung mit dem Verkaufe leicht der nicht richtige Schluß gezogen werden, daß ein jeder Pfandgläubiger die dem Pfandrechte unterliegende Forderung wirksam einziehen könne, auch wenn andere Pfandgläubiger ihm vorgingen. Diesem Mißverständnisse will der Entwurf im dritten Absatze des § 1218 vorbeugen. Der Fall, daß die verschiedenen Pfandrechte von gleichem Range sind, braucht nicht besonders berücksichtigt zu werden, da seine Beurtheilung nach allgemeinen Grundsätzen zu geschehen hat. Es liegt bei mehrfacher Pfandbelastung eine Rechtskollision vor, in Folge deren der Schuldner mit Sicherheit nur an alle Pfandgläubiger gemeinschaftlich leisten kann und zu leisten verpflichtet ist.

Ein nachstehender Pfandgläubiger kann nicht mehr Rechte haben als sein Rechtsurheber; derselbe wird deshalb einseitig nur auf Leistung an alle Betheiligten oder auf Leistung durch Hinterlegung oder an einen Sequester und zwar insoweit klagen können, als der Gläubiger der verpfändeten Forderung gleichfalls hierzu befugt ist.

g) Benachrichtigungspflicht des Gläubigers.

g) Die Vorschrift des vierten Absatzes des § 1218 entspricht der Vorschrift in § 1179 über die Anzeigepflicht des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigenthümer in Ansehung des Pfandverkaufes.

h) Diligenzpflicht des Gläubigers.

h) Eine Diligenzpflicht des Pfandgläubigers, welche sich nur auf die Annahme der Leistung und auf die Prozeßführung beziehen könnte, wird im Entwurfe nicht bestimmt.

Durch die Annahme der Leistung kann der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner nur unter besonderen Umständen präjudiziren, z. B. durch Ausübung des Wahlrechtes bei alternativen Obligationen, durch Annahme in Kenntniß von Mängeln ꝛc. Soweit dem Pfandgläubiger die Macht verliehen ist, dem Pfandschuldner zu präjudiziren, wird eine Haftpflicht des Pfandgläubigers aus allgemeinen Grundsätzen sich herleiten lassen. Im Allgemeinen aber braucht der Pfandschuldner gegenüber dem Drittschuldner nur die obligationsmäßig ausgeführte Leistung gegen sich gelten zu lassen. Die Bestimmung einer besonderen Diligenzpflicht des Pfandgläubigers ist deshalb zum Schutze des Pfandschuldners nicht erforderlich.

Noch weniger erscheint die Bestimmung einer Verpflichtung des Pfandgläubigers zur sorgfältigen Prozeßführung gerechtfertigt, da nach § 192 das ergehende Urtheil weder für noch gegen den Pfandschuldner wirkt, weil letzterer der Rechtsvorgänger und nicht der Rechtsnachfolger des Gläubigers ist.

i) Rechte des Pfandschuldners.

i) Nach dem letzten Absatze des § 1218 soll der Pfandschuldner nach Eintritt des Realisationszeitpunktes dieselben Rechte in Ansehung der Kündigung und Einziehung behalten, welche ihm in dem vorausgehenden Zwischenstadium zustanden.

Wenn in dem Falle des Faustpfandrechtes der Pfandschuldner nicht im Stande ist, den Verkauf des Pfandes zu erzwingen und den Pfandgläubiger in der Wahl des ihm geeignet erscheinenden Zeitpunktes für den Verkauf zu beschränken, wenn er vielmehr auf sein Einlösungsrecht beschränkt bleibt, so ist doch

hier eine analoge Beschränkung des Pfandschuldners nicht gerechtfertigt. Die Hinausschiebung der Beitreibung der Forderung ist ein Kreditiren, dessen Gefahr zunächst den Pfandschuldner trifft. Die Wahl des Zeitpunktes der Beitreibung ist nicht von praktischer Bedeutung, da der Erfolg nur von der Solvenz des Drittschuldners abhängt und die Aussicht auf eine mögliche Verbesserung der Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners sehr ungewisser Natur ist, während bei beweglichen Sachen ein Preisrückgang vorkommen kann, dessen baldiges Vorübergehen zu erwarten ist. Nach der Eigenschaft des Pfandobjektes muß der Pfandgläubiger auf das Eintreten eines Surrogates, auch gegen seinen Willen, gefaßt sein. Endlich kommt in Betracht, daß die Einziehung der Forderung die für die Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Mittel zu beschaffen geeignet ist, also, sofern nur das Recht auf diese Befriedigung ihm gewahrt bleibt, in der Einziehung der Forderung keine die Rechte des Pfandgläubigers benachtheiligende Verfügung enthalten ist, während der Pfandschuldner oft nur aus der verpfändeten Forderung die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers sich verschaffen und auf keinem anderen Wege als durch Einziehung der Forderung dieses Vermögensobjekt zur Tilgung seiner Schuld verwenden kann, was in gleichem Maße bei verpfändeten beweglichen Sachen nicht zutrifft. Uebrigens wird diesem konkurrirenden Einziehungsrechte des Pfandschuldners das selbständige Einziehungsrecht des Pfandgläubigers vorgehen und dieser letztere auch das Recht auf die Inhabung der vielleicht einstweilen sequestrirten oder deponirten Sachen behalten.

c. Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande der Forderung.

4. Der erste Absatz des § 1219 spricht das Surrogationsprinzip aus. Die Leistung geschieht in der Weise, daß der Pfandgläubiger Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande und der Pfandschuldner diesen Gegenstand erhält. Unter Gegenstand ist hier immer ein verschafftes Recht zu verstehen. Im Falle des § 1217 empfangen beide Betheiligte, im Falle des § 1219 empfängt der Pfandgläubiger allein ohne Zuziehung des Pfandschuldners.

Unmöglichkeit des Pfandr.

Denkbar ist, daß an der Forderung zwar Pfandrecht möglich war, weil die Forderung übertragen werden konnte, daß aber an dem Geleisteten ein Pfandrecht nicht möglich ist, wie bei Theaterbillets, Eisenbahnfahrkarten oder ähnlichen auf Handlungen oder Werkleistungen gerichteten Forderungen vorkommen kann. Schwierigkeiten entstehen vornehmlich, wenn in dem Zwischenstadium, ehe die gesicherte Forderung fällig wird, die Leistung aus der verpfändeten Forderung fällig wird, da die Vorschrift für das Forderungspfandrecht, daß in diesem Falle nur eine gemeinsame Einziehung oder Hinterlegung oder gerichtliche Verwaltung des Leistungsgegenstandes eintreten solle, hier offenbar nicht paßt, vielmehr zum Zwecke des Pfandrechtes nach dem Eintritte des Realisationszeitpunktes für die verpfändete Forderung nur eine Realisirung im Wege des Verkaufes der Forderung möglich ist, wenngleich auch hier der mit der Realisirung verbundene Zeitverlust die Erzielung eines Erlöses vereiteln kann. Trotz der hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten bestimmt der Entwurf für diese Fälle keine Besonderheit. Die Betheiligten werden regelmäßig die sich ergebenden Schwierigkeiten für die Realisirung des Pfandrechtes vorausgesehen haben; es ist daher Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles, die Vereinbarungen der Betheiligten so auszulegen, daß der Zweck des Rechts-

geschäftes, welcher bei Anwendung der gesetzlichen Regeln über das Pfandrecht an einer Forderung nicht zu erreichen ist, erreicht wird.

Mitwirkung des Pfandschuldners.

5. Der erste Satz des zweiten Absatzes des § 1219 entspricht der für den Nießbrauch an Forderungen getroffenen Bestimmung in § 1029 Abs. 2 und wird durch gleiche Gründe gerechtfertigt.

Die Vorschrift im zweiten Satze des zweiten Absatzes des § 1219, daß das Pfandrecht an der Forderung, wenn Leistungsgegenstand ein Grundstück ist, in eine Sicherungshypothek an Grundstücken sich umsetzen soll und nicht etwa in eine normale Hypothek, rechtfertigt sich dadurch, daß nur die erstere dem bisherigen Pfandrechte ihrer Natur nach entspricht. Uebrigens werden die Vorschriften sowohl des ersten als des zweiten Satzes nicht nur für die Zwischenzeit vor Fälligkeit der gesicherten Forderung, sondern allgemein zu gelten haben, da, auch wenn der Pfandgläubiger das selbständige Einziehungsrecht hat, die Leistung an ihn nicht ohne Zuziehung des Pfandschuldners erfolgen kann.

Geld.

6. Die Vorschrift des dritten Absatzes des § 1219 entspricht der Vorschrift in § 1183 Abs. 1. Der Unterschied zwischen Pfandverkauf und Einziehung der verpfändeten Forderung ist in Ansehung der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem realisirten Gelde ohne Bedeutung. Da indessen die Analogie leicht verkannt werden könnte, so ist eine entsprechende Bestimmung für den Fall der Geldrealisirung im Wege der Forderungseinziehung aufgenommen.

Bewegliche Sachen; Pfandrecht

7. Die Vorschriften des § 1220 beziehen sich auf den Fall der Leistung beweglicher Sachen.

Was den Inhalt des vermöge der Surrogirung an dem Leistungsgegenstande entstehenden Pfandrechtes anbelangt, so ist die Zeit vor und nach dem Eintritte des Zeitpunktes für die Realisirung der gesicherten Forderung zu unterscheiden.

a) vor dem Eintritte der Realisirungsbefugniß.

a) Wird vor diesem Zeitpunkte geleistet, so erlangt der Pfandgläubiger stets ein Pfandrecht ohne Inhabungsrecht, auch wenn durch Uebergabe beweglicher Sachen geleistet und damit für ein Inhabungsrecht nach Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes Raum gegeben ist. Der Pfandgläubiger darf einstweilen nicht in eine unabhängigere und den Pfandschuldner mehr gefährdende Stellung gelangen, als der Beschaffenheit des ursprünglichen Pfandobjektes entspricht. Der § 1220 spricht sich darüber aus, welche Gestaltung des in Folge der Leistung zu gemeinsamer Hand eintretenden Inhabungsverhältnisses der Pfandgläubiger und Pfandschuldner von einander verlangen können. Tritt zunächst eine Mitinhabung ein, so liegt hierin keinenfalls eine das Pfandrecht aufhebende Rückgabe an den Eigenthümer; nur wird der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner nicht die Ausübung seiner Mitinhabungsbefugnisse überlassen dürfen. Die Fortsetzung einer eigentlichen Mitinhabung ist nur im Falle eines gegenseitigen Einverständnisses und in einer solchen Weise denkbar, daß die Sache unter Mitverschluß gelegt oder einem Pfandhalter übergeben wird. In Ermangelung eines solchen Einverständnisses muß ein jeder Theil von dem anderen Theile in gleicher Weise wie nach § 1217 Abs. 5 a. E. von dem Schuldner die Einlieferung der Sache zur öffentlichen Deposition bezw. gerichtlichen Verwahrung verlangen können.

b) nach demselben.

b) Ist der Zeitpunkt für die Realisirung der gesicherten Forderung eingetreten, so muß der Pfandgläubiger das Recht auf eine solche Gestaltung der Inhabung an dem surrogirten Leistungsgegenstande haben, welche der Beschaffenheit dieses Gegenstandes als Pfandes entspricht. Dieses Resultat stimmt mit der Natur der dinglichen Surrogirung überein und braucht nicht besonders bestimmt zu werden, sondern ergiebt sich mit voller Klarheit schon daraus, daß für die Zeit vor der Realisirbarkeit der gesicherten Forderung ein Anderes bestimmt ist. Die Ausnahmevorschrift des § 1220 läßt die Regel durchblicken. Mit Eintritt der Voraussetzungen des § 1165 erlangt der Pfandgläubiger das Recht, daß die bisher sequestrirte Sache seiner selbständigen Inhabung ausgeliefert wird, ebenso wie der Pfandgläubiger, wenn er nach diesem Zeitpunkte einzieht, einen entsprechenden Leistungsmodus verlangen kann. An geleisteten beweglichen Sachen erhält der Pfandgläubiger mithin Faustpfandrecht mit Inhabungsrecht und es ergiebt sich hieraus weiter, daß er dies so erhaltene Faustpfand in dem gewöhnlichen Wege des Privatverkaufes realisiren kann und nicht auf den für sein ursprüngliches Pfandrecht am Rechte bestimmten Exekutionsmodus beschränkt bleibt.

Wiederanlegung des geleisteten Geldes.

8. Für die Zeit der nach § 1220 eintretenden Art von Sequestration des Geleisteten würde, wenn das Geleistete in Geld besteht, ein Nachtheil für den Pfandschuldner aus der einstweiligen Ertragslosigkeit seines Kapitales sich ergeben. Gegen diesen Nachtheil will der § 1221 den Pfandschuldner schützen, ohne daß der Pfandgläubiger beeinträchtigt und die künftige Realisirung des Pfandrechtes verzögert und erschwert wird, indem dem Pfandschuldner das Recht gegeben wird, die Anlegung des Geldes in vollkommen sicherer Weise — nach Mündelrecht — zu verlangen (vergl. § 1034).

Wenn in § 1221 die Einziehung einer Geldforderung zur Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsnorm gemacht wird, so wird selbstverständlich nicht verlangt, daß die Geldforderung das ursprüngliche Pfandobjekt gebildet habe, sondern auch der Fall der späteren Umsetzung des Pfandobjektes in eine Geldforderung und dann in Geld getroffen.

D. Erstreckung des Pfandrechtes auf Zinsforderungen.

9. Was die Haftung der Ansprüche, welche zu den Nutzungen des dem Pfandrechte unterliegenden Rechtes gehören, betrifft, so ergiebt sich aus § 1214 Abs. 1, daß sie vom Entwurfe nicht dem Pfandrechte unterworfen werden, daß also die freie Verfügungsbefugniß des Gläubigers der dem Pfandrechte unterliegenden Forderung über jene Ansprüche nicht, wie die in § 1069 Abs. 1 dem Eigenthümer eines verpfändeten Grundstückes eingeräumte Verfügungsmacht über die in § 1067 Nr. 4 bezeichneten Ansprüche ähnlicher Art, eine Ausnahme bildet und eine Befreiung der Ansprüche von der an sich bestehenden Pfandhaftung herbeiführt. Würde nichts bestimmt, so würde eine Haftung jener Ansprüche für den Gläubiger erst nach Maßgabe der Vorschriften der C. P. O. durch die Pfändung derselben begründet werden.

Im Allgemeinen hält der Entwurf in § 1222 hieran fest. Er bestimmt indessen in Ansehung der Zinsnutzungen Besonderheiten, welche dem aus der Eigenthümlichkeit dieser Nutzungen sich ergebenden praktischen Interesse gerecht werden.

Die Erstreckung der Pfandhaftung auf diejenigen Zinsen, welche auf die Zeit nach Erhebung der Einziehungsklage fallen, würde sich — auch ohne

besondere gesetzliche Bestimmung — daraus rechtfertigen lassen, daß, wenn im Augenblicke der Klagerhebung, wie solches dem Rechte entsprochen hätte, gezahlt wäre, damit der Lauf der vertragsmäßigen Zinsen beendet gewesen und das Kapital in die Hände des Pfandgläubigers gelangt sein würde. Der Ersatz für die verspätete Erlangung des Kapitales gebührt offenbar dem Pfandgläubiger, da eine solche Verspätung eine Verspätung der Befriedigung des Pfandgläubigers zur Folge hat und hiernach sich ergiebt, daß das Aequivalent für die Hinausschiebung der Kapitalzahlung der Pfandhaft unterliegen muß. Eine Abweichung von dem leitenden Prinzipe ist hierin nicht zu finden.

Anders liegt die Sache, insoweit im Entwurfe auch die vor dem Zeitpunkte der Klage fällig gewordenen und noch rückständigen Zinsen der Pfandhaftung unterstellt werden. Als eine Art von Selbstpfändung der dem Gläubiger noch zustehenden rückständigen Zinsenforderungen kann man diese Unterwerfung unter die Pfandhaft nicht wohl ansehen; denn der Gläubiger der dem Pfandrechte unterliegenden Forderung braucht nicht zugleich der persönliche Schuldner zu sein; ist er aber dieses nicht, so kann man nicht an eine gegen ihn sich richtende Pfändung denken. Man muß also von der Auffassung ausgehen, daß das Pfandrecht von Anfang an so begründet ist, daß dasselbe nach dem Eintritte seines Realisationszeitpunktes diejenigen Zinsforderungen ergreifen soll, welche zur Zeit der Erhebung der Klage bei dem Gläubiger der dem Pfandrechte unterliegenden Forderung sich vorfinden. Hierin liegt eine Schwächung des leitenden Prinzipes, welche jedoch die für diesen besonderen Fall sich ergebenden Härten mildert und dem zu vermuthenden Parteiwillen entspricht. (§ 1222 Abs. 1.)

Veräußerte Zinsforderungen.

Die Erstreckung des Pfandrechtes auf die Zinsen, welche auf die Zeit vor der Erhebung der Einziehungsklage entfallen, ist davon abhängig zu machen, daß die Zinsforderungen noch bei dem Gläubiger der dem Pfandrechte unterliegenden Forderung vorhanden sind. Soweit die Zinsforderungen veräußert sind, kann das Pfandrecht dieselben nicht nachträglich ergreifen. Ebensowenig kann einer bestehenden Belastung der Zinsforderungen präjudizirt werden. Die früheren Veräußerungen und Belastungen müssen insoweit dem Pfandgläubiger gegenüber aufrecht erhalten werden, als sie sich auf Zinsen beziehen, welche auf die Zeit bis zur Klagerhebung entfallen; denn man kann das Recht der dritten Erwerber nicht weiter beschränken, als aus der Unterstellung sich ergiebt, daß im Augenblicke der Erhebung der Einziehungsklage das Kapital zurückgezahlt sei. (§ 1222 Abs. 2.)

Gesetzliche Zinsen.

Die Nichtunterscheidung zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen wird kaum einer Rechtfertigung bedürfen. Gesetzliche Zinsen sind als Entschädigung für entbehrte Nutzungen aufzufassen. Sonstige Erweiterungen der Forderung in Folge eines Verschuldens werden als Akzessorien der Forderung mit dieser dem Pfandrechte unterliegen.

§§ 1223, 1224.

Vereinigung. Pfandrecht an Eigenthümer hypotheken ꝛc.

Die Vorschriften entsprechen den in §§ 1032, 1035 enthaltenen Vorschriften für den Fall des Nießbrauches an einer Forderung.

§ 1225.

an indossabelen Papieren.

Bei indossabelen Papieren ist eine jede Beschränkung des Gläubigerrechtes des Indossatars ausgeschlossen und nur als eine obligatorische, das Recht selbst nicht treffende, möglich. Deshalb kann ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne durch Indossament nicht begründet werden. Es liegt vielmehr eine Uebertragung des Rechtes vor, bei welcher der Erwerber nur obligatorisch gebunden ist, das ihm übertragene Recht für fremde Rechnung dem Pfandrechtszwecke entsprechend auszuüben, indem er zugleich in Beziehung auf die Erhaltung des Forderungsrechtes bestimmte Verpflichtungen übernimmt. Durch die Vorschrift des § 1225 soll dieses Ergebniß, daß nämlich der Zweck der Verpfändung nur durch eine im Verhältnisse zu Dritten unbeschränkt wirksame Uebertragung zu erreichen ist, verdeutlicht werden. Uebrigens entspricht die Vorschrift der Bestimmung in Art. 309 Abs. 2 Ziff. 2 des H. G. B. Man kann sich einer ähnlichen Kürze des Ausdruckes bedienen, da Sinn und Bedeutung der Vorschrift bisher in der Praxis richtig aufgefaßt und Streitigkeiten nicht entstanden sind.

§ 1226.

an Inhaberpapieren. Rechtspfandrecht.

1. Das Pfandrecht an Inhaberpapieren — d. h. Schuldverschreibungen auf Inhaber oder Aktien auf Inhaber (vergl. § 1037) — bleibt für den Entwurf prinzipiell ein Pfandrecht an Rechten. Der Entwurf unterstellt den gewöhnlichen Fall, daß dem Pfandgläubiger das regelmäßige Inhabungsrecht ohne Beschränkung zusteht. Für Fälle der Verwahrung des Papieres unter Mitverschluß oder durch einen Pfandhalter passen die Vorschriften des § 1226 nicht.

Anwendbarkeit der Vorschriften über bewegliche Sachen.

2. Die Anwendbarkeit der im ersten Absatze des § 1226 herangezogenen, auf die Begründung des Pfandrechtes sich beziehenden Vorschriften ergiebt sich schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 1208. Es wird mithin nur eine Konsequenz ausgesprochen. Die daneben bestimmte Gleichstellung bezüglich der Realisirung entspricht der besonderen Verkehrsfähigkeit dieser Art von verpfändeten Rechten. Die bezüglich der Aufhebung bestimmte Gleichstellung endlich entspricht, was die Aufhebung durch Rückgabe anbelangt, der allgemeinen Vorschrift in § 1216 und im Uebrigen der in § 1206 Abs. 2 bestimmten analogen Anwendbarkeit der Vorschriften über das Faustpfandrecht auf das Pfandrecht an Rechten.

Freihändiger Verkauf.

3. In dem zweiten Absatze des § 1226 wird dem Pfandgläubiger der freihändige Verkauf börsen- oder marktgängiger Papiere zum Tageskurse freigegeben. Der Entwurf folgt hierin einerseits der C. P. O. (§ 722) und andererseits dem Zuge der modernen Gesetzgebung[1]). Eine solche Erleichterung ist für den Eigenthümer ohne Gefahr. Durch die in einigen Gesetzgebungen vorgeschriebene Zuziehung einer in öffentlicher Funktion stehenden Mittelsperson werden unnöthige Kosten herbeigeführt. Die Beschränkung, daß nicht unter dem Tageskurse verkauft werden darf, schützt den Eigenthümer in ausreichender Weise.

Ueber die Zulässigkeit, daß der Pfandgläubiger als Selbstkäufer eintrete, enthält der Entwurf keine besondere Bestimmung. Die Entscheidung bleibt den allgemeinen Grundsätzen über die Zulässigkeit des Kontrahirens mit sich selbst zu entnehmen.

Weiß der Erwerber bei dem freihändigen Verkaufe zwar, daß der Veräußerer als Pfandgläubiger handelt, liegt jedoch in der Person des Erwerbers die Voraussetzung des guten Glaubens in Ansehung der von dem Veräußerer für sich in Anspruch genommenen Veräußerungsbefugniß vor, so wird man aus § 1182, vielleicht auch schon aus der Eigenschaft des Verkaufsgegenstandes als eines Inhaberpapieres, die Folgerung ableiten können, daß der Mangel jener Veräußerungsbefugniß zu Gunsten des Erwerbers in gleicher Weise außer Betracht bleibt, wie in Fällen der Pfandveräußerung, deren in § 1182 gedacht ist.

Einziehung fälliger Leistungen.

4. Die Besonderheit der Vorschrift des dritten Absatzes des § 1226 liegt darin, daß der Forderungspfandgläubiger hier schon vor der Fälligkeit seiner versicherten Forderung als Geldforderung das selbständige Einziehungsrecht haben, zugleich aber auch zur Anwendung von Sorgfalt bei der Einziehung verpflichtet sein soll. Nach beiden Richtungen rechtfertigt die Vorschrift sich aus dem Grunde, weil die Inhabung des Papieres zu der nach außen nicht beschränkbaren Ausübung des Gläubigerrechtes berechtigt und dazu auch erforderlich ist, mithin, da der Eigenthümer sonst schutzlos sein würde, zur Anwendung von Sorgfalt bei der Einziehung verpflichten muß.

Ueber das Recht des Pfandgläubigers zur Erhebung von Zinsscheinen und Gewinnantheilscheinen bestimmt der Entwurf nichts, da dieses Recht sich als eine besondere Art des Einziehungsrechtes beurtheilen läßt[2]).

Werthpapiere.

5. Der Ausdruck „Werthpapiere" wird hier aus demselben Grunde wie in § 1037 vermieden.

---

[1]) Pfandgesetze für Hannover § 48, für Oldenburg Art. 21. Das H. G. B. (Art. 311) gestattet den freihändigen Verkauf auf schriftliche Vereinbarung. Das preuß. A. L. R. I, 20 § 30 fordert bei Vereinbarung des Privatverkaufes eine vorherige sachverständige Taxe, welche indessen die Praxis bei marktgängigen Waaren für überflüssig erklärt. Das sächs. G. B. § 499 läßt den freihändigen Verkauf nur durch verpflichtete Mäkler zu. Aehnlich das braunschw. Pfandgef. § 7.

[2]) Vergl. sächs. G. B. § 500.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstr. 32.